جامعة الجزائر 1

كلية الحقوق – بن عكنون

رسالة ماجستير

التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء

الفرع: العقاري

من إعداد الطالبة

بختي سهام

أعضاء لجنة المناقشة :

- **د/ أحميداتو محمد** ....رئيسا
- **د/ بلحيمر عمار** ....مشرفا
- أ/ **دخينيسة أحمد** ....عضوا
- أ/ **أكرور مريام** ....عضوا

السنة الدراسية 2014/2013

الاهداء

إلى الوالدين الكريمين أبقاهما الله خيرا و بركة

إلى من قاسموني عناء انجاز هذا البحث

إلى من ساندوني و شجعوني

إلى كل عائلتي و أصدقائي و أساتذتي الافاضل.

أهدي هذه الرسالة

شكر :

أسدي الشكر إلى كل من تفضل علي طيلة مشوار

الدراسة ، إلى أساتذتي الكرام .

إلى أستاذي الفاضل بلحيمر عمار الذي أشرف على

هذه الرسالة بكل أمانة و إخلاص

مقدمــــة :

فـي ظـل تغير نظـرة الإنسـان للقيمـة المعيشية و اختيـاره لمحيط عمرانـي كامل منظم بـالمرافق العمومية، أصبحت مسألة توفير العقار المهيأ المتكون مـن السكن المستقل المجهـز بـالمرافق العامـة من مسالك و توصيل الرفاهيـة، أحد الآمـال العزيـزة المنـال. لذلك أولت الدولـة المعاصـرة المتدخلـة أهمية كبيرة لهذا المجال من خـلال تخصيص ميزانيات ضخمة لإعداد بـرامج سكنية و مـدن حديثـة في نسيج عمراني منظم .

و على غرار ذلك سارت الجزائر منذ استقلالها على هذا المسار من خلال تخصيص برامج أشـغال ضخمة في مخططات الدولة و البرامج الرئاسية. إلا أنه و منذ اختيار الجزائر لنظام اقتصاد السوق و انفتاحها للتعـاون و الشـراكة مـع الـدول الاجنبيـة خاصـة منهـا الشـراكة مـع الاتحـاد الأوروبـي و حرصا منها على حماية الأموال العمومية، بقيت الصفقات العمومية أهم وسيلة موضـوعة فـي يد الإدارة العمومية لتنفيذ العمليات المالية المتعلقة بإنجاز الأشغال سواء كانت أشـغال عموميـة أو بنـاء السكنات أو المرافق العامة.[1]

حيث تلجـأ الدولـة إلـى التعاقد مـع مؤسسـات مقاولـة متخصصـة فـي مجـال البنـاء مـن اجـل تجسيد برامجهـا و تنفيـذ مخططاتهـا كـالمخطط الخماسـي 2010- 2014 الـذي خصـص لـوزارة السـكن غلاف مـالي معتبر للقضـاء علـى السكن الهش و بنـاء سكنات ريفيـة و كذا إتمام تنفيذ مشروع 2 مليـون وحـدة سـكنية، و لـوزارات الأشـغال العموميـة و النقـل غـلاف مـالي لإتمـام مشـروع السـكة الحديدية و الطريق السيار شرق-غرب...إلخ

و بذلك أصبحت الدولـة الجزائريـة قبلـة مهمـة لرجـال الأعمـال الـوطنيين و الأجانـب الـذين ينشـطون في مجال البنـاء عن طريـق تأسيس مؤسسـات ضـخمة تملـك مـوارد بشـرية و ماديـة كبيـرة و خبـرة واسعة و تسعى إلى تحقيق الربح[2].

---

[1]-بشيرة بجاوي، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بودواو، جامعة بومرداس، تاريخ المناقشة 7 جوان 2012 ، ص 6.

[2] - أنظر في هذا الصدد : Moffett Sebastien, novembre 2008. *Profil du secteur des travaux publics en Algérie*. Montreal, The Canadian Trade Commissioner Service.

هذه المؤسسات المقاولة في مجال البناء و نظرا للمنافسة الكبيرة من أجل الفوز بأحد المناقصات العمومية، أصبحت تهتم كثيرا بتطوير أساليب الفن المعماري التي تسمح بانجاز المباني الضخمة في وقت قصير بالاعتماد على الآلات و الوسائل التقنية الحديثة، ذلك أنه من بين معايير تقييم عروض[3] المؤسسات في المناقصات المعروضة هو قدرتها على الإنجاز السريع و الغير مكلف و خبرتها حسب عدد العقود و الصفقات المنفذة سابقا من طرفها.[4]

غير أن بعض المقاولين و نظرا لاستثمار أموال ضخمة في مجال البناء، أصبحوا يجدون في عمليات البناء تجارة مربحة، أدى ببعضهم إلى السرعة في انجاز المباني المؤولة إليهم بموجب صفقات عمومية قد تأتي أحيانا على حساب متانة البناء و قوة تحمله و ذلك نتيجة لعدم الدقة في التنفيذ أو إمكانية استعمال طرق الغش باستخدام مواد بناء غير مطابقة للمواصفات الفنية بغية تحقيق المزيد من الربح.
لذلك أصبحت قضية جودة البناء و حمايته من خطر الانهيار أو التنفيذ السيئ خلال عملية تشييده أو بعد اكتماله ظاهرة ملفتة للنظر، و نتيجة ذلك احتلت تشريعات تنظيم البناء و العمران، أهمية خاصة في الأنظمة القانونية الحديثة، من خلال تنظيم عمليات البناء و التخطيط العمراني و الرقابة على التنفيذ ومدى مطابقته للمواصفات و قواعد السلامة، وكذا وضع قواعد مشددة للمسؤولية من شأنها حث القائمين بأعمال البناء على الدقة و حسن التنفيذ خاصة في مجال الصفقات العمومية.

و قد بدأ موضوع تحديد التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء يحتل مكانا و أهمية كبيرة في الأوساط الفقهية و القضائية و التشريع الوضعي الجزائري بعد ظهور بعض الآثار السلبية للمباني المنشأة من طرف المقاولين المتعاقدين في الصفقات العمومية عند وقوع زلزال بومرداس في 21 ماي 2003، أين فجر هذا الحدث قضايا البناء وتحديد مسؤولية المشيدين عن مدى مراعاتهم للأصول الفنية و القواعد التقنية في مجال البناء و التعمير، حيث أصبح كل طرف من أطراف الصفقة يلقي بالمسؤولية على الطرف الآخر، الشيء الذي جعل من مسألة تحديد

[3] - كتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، عدد 2، 2010 ص 73.

[4] Dr Ali Bencheneb, Décembre 1989. « *Les infractions relatives aux marches et contrat des organismes d'état Algériens* ». Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n°1, p. 783.

التزامات المقاول في الصفقات العمومية يحظى بأهمية كبيرة في التشريعات المتعلقة بالبناء كونه أصبح قضية الساعة.

أمام هذه الأهمية الكبيرة لتحديد التزامات المقاول في الصفقات العمومية، كان لابد على المشرع الجزائري التصدي إلى هذا الموضوع من خلال استحداث قوانين و تعديل تنظيمات أخرى لاسيما في القانون العام و القانون الخاص المتعلقين بمجال البناء.

فموضوع بحثنا يجمع بين القانون الخاص و القانون العام، لكون أن تنظيم الصفقات العمومية يندرج ضمن القانون الإداري المصنف في القانون العام، إلا أنه من أجل تحديد الالتزامات الواقعة على المقاول نتيجة إبرام صفقة عمومية، فإنه يتوجب علينا النظر إلى الموضوع من جانب المقاول الذي يعتبر من بين أشخاص القانون الخاص .
و بذلك ينصب هذا البحث على تحديد القواعد القانونية التي تحكم التزامات المقاول كمشيد للبناء عند انجازه لأشغال ممولة من طرف الدولة في إطار صفقات عمومية، و الأخطاء التي قد ترتكب بطريقة العمد أو الإهمال لعدم مراعاة الأصول الفنية في البناء، و مدى تدخل الإدارة بصفتها مالكة لمشروع البناء لغرض حماية الأموال العامة المنفقة في الصفقة العمومية.

ومنه نجد أنفسنا أمام إشكالية مفادها :

فيما تتجلى التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء ؟ و ما مدى تدخل الإدارة في هذه الالتزامات؟

للإجابة على جميع جوانب هذه الإشكالية، و من أجل الإلمام بالموضوع، نقترح الخطة المنهجية التالية المقسمة إلى فصلين، الذي نعرض من خلالهما إلى ماهية التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء من خلال تعداد مصادرها الاطلاع على كيفية تعديلها ثم محاولة حصر مضمون هذه الالتزامات و تقسيم أنواعها و هذا في الفصل الأول، و بعد ذلك التطرق إلى السلطات المخولة للإدارة لضمان تنفيذ هذه الالتزامات من طرف المقاول من خلال سلطة

الإشـراف و الرقابـة علـى الانجـاز و كـذا سـلطة توقيـع الجـزاءات عـن المقـاول فـي حالـة إخلالـه بالتزاماتـه اتجـاه الإدارة و ذلـك بـالتطرق إلـى طـرق رقابـة المصـلحة المتعاقـدة علـى عمليـة تنفيـذ موضوع الصفقات العمومية من طرف المقاول ثم السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة في توقيـع الجزاءات ضد المقـاول المخل بالتزاماتـه و حدود هذه السلطات و خضوعها إلـى رقابـة القضـاء عليها و هذا في الفصل الثاني.

<u>الخطــة</u>

<u>الفصل الأول</u> : ماهية التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء

<u>المبحث الأول</u>: مصادر التزامات المقاول في الصفقات العمومية

<u>المطلب الأول</u> : أساس التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء

<u>الفرع الأول</u> : سند الالتزام

<u>الفرع الثاني</u> : أطراف الالتزام

<u>المطلب الثاني</u> : الوثائق المكلمة للصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء

<u>الفرع الأول</u> : الوثائق السابقة لانعقاد الصفقة العمومية (دفاتر الشروط)

<u>الفرع الثاني</u> : الوثائق اللاحقة لانعقاد الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء

<u>المبحث الثاني</u>: مضمون التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء

<u>المطلب الأول</u> : التزامات المقاول المتعلقة بطبيعة الصفقة العمومية

<u>الفرع الأول</u> : من حيث احترام تنظيم الصفقة العمومية

<u>الفرع الثاني</u> : من حيث التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية

<u>المطلب الثاني</u> : التزامات المقاول المتعلقة بموضوع الصفقة العمومية

<u>الفرع الأول</u> : من حيث انجاز الأشغال موضوع الصفقة العمومية و ضمانها

<u>الفرع الثاني</u> : من حيث احترام مدة إنجاز الأشغال

<u>الفصل الثاني:</u> السلطات المقررة للإدارة لضمان تنفيذ المقاول لالتزاماته المحددة في الصفقة

<u>المبحث الأول:</u> سلطة الإدارة التقديرية في الرقابة و الإشراف على تنفيذ المقاول لالتزاماته

<u>المطلب الأول</u> : رقابة الإدارة على تنفيذ المقاول لالتزاماته

<u>الفرع الأول</u> : ماهية سلطة الرقابة و الإشراف

<u>الفرع الثاني</u> : المتدخلين في الرقابة على تنفيذ المقاول لالتزاماته

<u>المطلب الثاني</u> : وسائل ممارسة سلطة الرقابة من طرف المصلحة المتعاقدة

<u>الفرع الأول</u> : الوسائل المستعملة أثناء تنفيذ المقاول لالتزاماته

<u>الفرع الثاني</u> : الوسائل المستعملة عند انتهاء المقاول من التزاماته

<u>المبحث الثاني:</u> سلطة الإدارة في توقيع العقوبات في حالة إخلال المقاول بتنفيذ التزاماته

<u>المطلب الأول :</u> أشكال العقوبات المترتبة عن إخلال المقاول لالتزاماته

<u>الفرع الأول</u> : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المقاول

<u>الفرع الثاني</u> : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات غير المالية على المقاول

<u>المطلب الثاني</u> :حدود سلطة الإدارة في توقيع العقوبات على المقاول

<u>الفرع الأول</u> : القيود القانونية لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المقاول

<u>الفرع الثاني</u> :الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

الفصـــل الأول:

ماهية التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء

إن إنجاز المقاول لعمليات البناء لفائدة الإدارة يتم في إطار عقد إداري يخضع لتنظيم قانوني خاص يختلف عن العقود العادية المحددة في القانون الخاص، هذا العقد الإداري يمر بعدة مراحل إبتداءا من يوم الإعداد له ثم اختيار طريقة انعقاده (منافسة، أو مناقصة، أو التعاقد بالتراضي) ثم إجراءات انعقاده و خضوعه للرقابة القبلية و كذا التأشير الإلزامي عليه من طرف الجهة الإدارية المختصة، ثم دخوله حير التنفيذ.

و يكون هذا العقد الاداري في شكل صفقة عمومية إذا بلغت قيمته مبلغ محدد مسبقا في تنظيم الصفقات العمومية، و كذلك الصفقة العمومية تمر بنفس المراحل المذكورة، فالمرحلة السابقة لانعقاد الصفقة العمومية و المتمثلة في عمليات التحضير للصفقة و إجراءات انعقادها تكون فيها المصلحة المتعاقدة صاحبة السلطة و الخيار بين المقاولين المكتتبين و المترشحين للمناقصة المطروحة من طرف المصلحة المتعاقدة، فهي التي تحدد احتياجاتها و تحرر دفاتر الشروط المتعلقة بالصفقة و ما على المقاولين إلا الإذعان إلى شروطها، أما المرحلة اللاحقة لانعقاد الصفقة العمومية فتتمثل في عملية تنفيذ الصفقة العمومية و هنا تنشأ التزامات و حقوق الأطراف المتعاقدة.

و من جهة أخرى، قد يكون المقاول أحد الأطراف المتعاقدة في الصفقة العمومية إذا كان موضوعها ينصب على أشغال بناء، فهو باعتباره متدخل في عمليات البناء يطلق عليه تعبير المشيد الذي يقصد به كل من يقوم بدور مادي في عملية البناء سواء كان ملتزم بإنجاز الاشغال دون إحضار مواد البناء أو إنجاز الأشغال مع الالتزام بالتموين بمواد البناء. كما أن المقصود من مصطلح البناء لا يقتصر على البناء المخصص للسكن فقط بل يشمل كل منشأة يقيمها المقاول لحساب الإدارة و هي ثابتة بالأرض سواء كانت عقار أو عقار بالتخصيص دون النظر إلى الغرض المخصص لها كأن تكون طريق أو جسر أو ميناء...

و بذلك يكون انعقاد الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء أهم مصدر التزامات المقاول المتعاقد فيها (المبحث الأول) و تتعدد هذه الالتزامات التي تختلف في مضمونها و تقسيمها(المبحث الثاني)

المبحث الأول: مصادر التزامات المقاول في الصفقات العمومية

تتعدد مصادر الالتزامات بشكل عام، فمنها من تنشأ بقوة القانون و منها من تنشأ بإتمام العقد و أخرى ناتجة عن الإرادة المنفردة و غيرها. فيصعب بذلك تحديد مصادر الالتزامات الواقعة على عاتق المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية نظرا إلى أن تنظيم الصفقات العمومية و كذا القوانين المتعلقة بأشغال البناء يحددون الالتزامات الناتجة عن الصفقة العمومية بشكل متفرق. و ما دام أن هذه الالتزامات لا تترتب في حق المقاول إلا بعد انعقاد الصفقة العمومية و إتمام جميع إجراءاتها بما فيها التأشير عليها.

و سعيا إلى توضيح هذه الالتزامات و حصرها، فإن جميع الصفقات العمومية تحتوي على جملة من الالتزامات الواقعة على طرفي العقد خاصة منهما المتعامل المتعاقد الذي يمثل المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء. إلا أنه تجدر الإشارة بأن هذه الإلتزامات قد لا تذكر في الصفقة العمومية كلها. لذلك فإن اغلب الصفقات العمومية تحيل في موادها إلى القوانين و التنظيمات المتعلقة بموضوع الصفقة العمومية، هذا من جهة، و من جهة أخرى، فإنه و نظرا للطبيعة الخاصة للصفقة العمومية التي تكون فيها الإدارة صاحبة امتياز، فإن الالتزامات الواقعة على المتعاقد معها تبقى دائما متعلقة بدفاتر الشروط المعدة مسبقا من طرف الجهة الإدارية قبل انعقاد الصفقة العمومية .

و قد تتعرض الصفقة العمومية أثناء تنفيذها إلى بعض الظروف الغير متوقعة أو الزيادة أو النقصان في كميات الأشغال المراد إنجازها، لذلك فإن ملحق الصفقة العمومية يكون كذلك أحد أهم مصادر التزامات المقاول في الصفقات العمومية .

و منه يمكن تحديد مصادر التزامات المقاول في مصادر منشأة للالتزام المتمثلة في سند الصفقة العمومية (المطلب الأول) و أخرى مكملة للصفقة العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : **أساس التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء**

للبحث في موضع التزامات المقاول في الصفقات العمومية، لابد من التطرق إلى السند الرئيسي الذي ينشأ التزامات المقاول المتعاقد في اتجاه المصلحة المتعاقدة. هذا السند يتمثل في الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء.

لذلك خصصنا هذا المطلب من أجل دراسة الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء من خلال التعرف عليها و على أطرافها، كون أن الصفقة العمومية هي سند الالتزام (الفرع الأول)، و المتعامل المتعاقد هو المقاول الملتزم و المصلحة المتعاقدة هي الجهة الملتزم لها(الفرع الثاني).

الفرع الأول : سند الالتزام

يقصد بسند الالتزام كما تم الإشارة إليه، السند الذي بموجبه تنشأ التزامات المقاول المتعاقد بالقيام بأشغال البناء اتجاه المصلحة المتعاقدة، هذا السند هو الصفقة العمومية بحد ذاتها. و هذه الأخيرة يتعلق موضوعها بأشغال البناء.

أولا / تعريف الصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال :

الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء هي اتفاق الإدارة مع أحد الأفراد أو الشركات (المقاول) قصد القيام ببناء عقارات (مساكن، سد، طريق..) أو ترميم (جسر قديم، منشآت أثرية) أو صيانة (دهن مباني إدارية، تنظيف..) منشآت عقارية تابعة لأحد أشخاص الإدارة[5]. فهذا النوع من الصفقات يهدف إلى تكليف المقاول (صاحب العمل) بمهمة تنفيذ عمل عقاري لفائدة شخص عمومي (صاحب المشروع) على أن تكون قيمة الصفقة تتجاوز مبلغ محدد في قانون الصفقات العمومية[6]

و تستمد صفقة الأشغال أساسها القانوني من المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-326 المعدل و المتمم، و قد أشارت إليها كل قوانين الصفقات العمومية الجزائرية على مر تطورها، إذ ورد

---

[5] - د. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع سنة 2005 ص 48
أنظر أيضا: د. محمد سعيد حسين أمين، مبادئ القانون الاداري : دراسة في أسس التنظيم الاداري- أساليب العمل الإداري- دار الثقافة الجامعية، مصر، 1997. ص 152.

[6]-C. Lajoye, 2007. *Droit des marchés publics*. Alger, BERTI édition, p. 212121

ذكرها في المادة 3 و 11 من المرسوم الرئاسي 250/02 و المادة 1 من الأمر 90/67 و المادة 4 من المرسوم 145/82 و المادة 3 من المرسوم التنفيذي 334/91[7].

و قد قدم المشرع الجزائري تعريفا للصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال، و ذلك من خلال إظهار هدفها و تحديد قيمتها المالية الدنيا، فقد بينت المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 326 - 10 هدف صفقة الأشغال المتمثل في قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها في ظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع. [8]

و اشترطت المادة 6 من نفس المرسوم ضرورة تجاوز مبلغ صفقة الأشغال قيمة 8.000.000 دج لكي تخضع لقانون الصفقات العمومية[9].

ثانيا / تمييز الصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال عن بعض العقود الأخرى

غالبا ما يختلط مفهوم الصفقات العمومية للأشغال مع عقود أخرى محدثة أو قديمة كعقد البوت و عقد المقاولة، إلا أنها تتميز عنها في عدة اعتبارات نخصها بالذكر كما يلي :

1/ تمييز الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء عن عقد البوت:

عقد البوت هو عقد من عقود القانون العام، بحيث تلتزم شركة المشروع بانجاز مشروع يتعلق بمرفق عام معين خاص بالدولة، و ذلك على عاتقها و في المقابل تلتزم الدولة بأن تمنح لشركة المشروع امتياز تسيير المرفق العمومي محل المشروع لمدة معينة في العقد مقابل رسوم يدفعها مواطني الدولة لفائدة شركة المشروع. إلا أن الدولة هي من تقوم بتحديد قيمة هذه الرسوم لتجنب تكليف المواطنين أكثر من طاقتهم، و تحصل بذلك شركة المشروع تكاليف المشروع و كذا أرباح خاصة و ذلك لمدة معينة تحدد في عقد البوت[10].

و يتمثل الهدف الرئيسي من عقود البوت في رفع العبء الاقتصادي على عاتق الخزينة العامة، إذ تتحمل شركة المشروع تكاليف إنشاء المشروع و كذا تحقق حسن سير المرفق العمومي.

[7] - د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر دراسة تشريعية و قضائية و فقهية جسور للنشر الطبعة الثانية 2009 ص 10

[8] - أنظر الملحق رقم 01.

[9] - د. عمار بوضياف، نفس المرجع السابق

[10] - د. عصام احمد البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة 2008 ص 239

و من هنا فان عقد البوت يقترب من الصفقة العمومية المتعلقة بالأشغال في كون أن كلا العقدين من عقود القانون العام و كذا عملية إبرامهما تخضع لنفس الشروط و أيضا يكون غرضهما البناء، إلا أن الفرق يكمن خاصة في النقاط التالية :

- أن تكاليف المشروع في صفقة الأشغال تكون على عاتق الخزينة العمومية عكس عقد البوت .

- أن المقاول في صفقة الأشغال العمومية ينقل ملكية المشروع بمجرد انتهاءه من الأشغال بواسطة محضر تسلم الأشغال عكس عقد البوت الذي يبقى صاحبه مالك للمشروع إلى غاية نهاية مدة تسييره للمرفق العمومي .

- أن التزام مقاول صفقة الأشغال يتمثل خاصة في انجاز الأشغال المطلوبة في الوقت المحدد عكس عقد البوت الذي يكون له التزام أخر إضافة إلى هذا الالتزام و يتمثل في تسيير المرفق العام بعد نهاية انجاز المشروع .

2/ **<u>تمييز عقد مقاولات البناء عن الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء</u>**

عقد المقاولة هو عقد من عقود القانون الخاص، تعرفه المادة 549 من القانون المدني على أنه عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين بان يصنع شيء أو أن يؤدي عملا مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الأخر.

و يتمثل الهدف الرئيسي من عقود مقاولات البناء في إنشاء مباني أو منشآت عقارية لفائدة الطرف الثاني من العقد مقابل أجر معين و في خلال مدة محددة في عقد المقاولة.

و من هنا فان عقد مقاولة البناء يقترب من الصفقة العمومية المتعلقة بالأشغال في كون أن كلا العقدين ينصب هدفهما في مجال البناء مقابل أجر و خلال مدة معينة، إلا أن الفرق يكمن خاصة في النقاط التالية:

- يعتبر عقد مقاولة البناء من العقود المدنية التي تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، بينما تصنف صفقات الأشغال ضمن العقود الإدارية التي يذعن فيها المقاول للشروط التي تحددها الإدارة [11] و هي ما يطلق عليها تسمية الشرط الغير مألوف[12].

---

[11] - مسعودة مروش، عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في العقود و المؤسسات، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2003 ص 45.

[12] - أ. بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية(دراسة تشريعية فقهية و قضائية) دار الهدى، الجزائر2010، ص87.

- أن عقد مقاولة البناء يقع بين شخصين من أشخاص القانون الخاص[13]، بينما صفقات الأشغال العمومية فهي تقع بين أحد أشخاص القانون العام (المصلحة المتعاقدة) و أحد أشخاص القانون الخاص (المقاول).

- من خصائص عقد مقاولة البناء بأنه عقد رضائي تتساوى فيه وضعية الأطراف المتعاقدة[14]، عكس صفقة أشغال البناء التي يمتاز فيها أحد أطراف العقد (المصلحة المتعاقدة) بامتيازات خاصة نظرا لتعلق موضوعها بالأموال العمومية من بينها سلطة الرقابة و سلطة تسليط الجزاءات في حالة الإخلال بالالتزامات كغرامات التأخير و مصادرة الضمان.

- أن عقد مقاولة البناء لا يشترط في انعقاده شكل معين[15]، بينما الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء لها إجراءات خاصة في انعقادها (مرحلة التحضير، مرحلة المناقصة، مرحلة فتح الأظرف ...) مع وجوب ذكر بيانات خاصة في عقد الصفقة العمومية و خضوعها للتأشير و الرقابة الخارجية.

<u>الفرع الثاني</u> : أطراف الالتزام

الصفقة العمومية مثلها مثل أي عقد ملزم لجانبين لها طريفين، المقاول (أولا) و المصلحة المتعاقدة (ثانيا)

أولا / <u>المقاول الملتزم</u>

1/ **<u>تعريف المقاول الملتزم</u>**

المقاول الملتزم هو المتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء أي أنه صاحب الورشة في المشروع التابع للمصلحة المتعاقدة، هذا الأخير قد يكون شخص طبيعي أو شركة مقاولة في مجال البناء و ذلك حسب المادة 21 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، أو قد يكون في شكل تجمع مؤسسات حسب المادة 59 من نفس المرسوم. و ينجزون في هذا الإطار المشروع محل صفقة الأشغال بالتضامن أو بالشراكة [16].

---

[13] - د. عبد الرزاق احمد السنهوري، العقود الواردة على العمل المجلد الأول 7 ، منشورات الحلبي الحقوقية طبعة جديدة 2009 ص 6

[14] - د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق.

[15] - د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق.

[16] - د. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق ص 80

و للمقاولة أشكال عديدة حسب ما جاء في المادة 3 من دفتر الشروط الإدارية العامة[17]، فقد تكون مقاولة مسيرة ذاتيا أو شركة تعاونية عمالية للإنتاج أو شركة تعاونية للصناع التقلديين أو شركة تعاونية للفنيين.

و قد يكون المقاول ذو جنسية جزائرية أو جنسية أجنبية، مع الملاحظة أن التشريع الجزائري المتعلق بالصفقات العمومية قد منح الأولوية للمقاول الذي يستعمل المنتجات الجزائرية و كذلك للمقاولين الخاضعين للقانون الجزائري في حدود نسبة 25% عند اختيار المتعامل المتعاقد[18] (المادة 23 المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية)، بل أكثر من ذلك فقد ألزم آخر تعديل لنظام الصفقات العمومية على المستثمرين الأجانب الذين يريدون المشاركة في المناقصات المتعلقة بالصفقات العمومية بأن يبرموا عقد شراكة مع مقاولة جزائرية الجنسية في حدود نسبة 51% و 49% تطبيقا المادة 24 من المرسوم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية.

و بذلك يمكن تصور المقاول في احد الأشخاص التالية : مقاول عمومي وطني، مقاول خاص، مقاول أجنبي مقيم بالجزائر، مقاول أجنبي غير مقيم بالجزائر و الذي يوفر ضمانات بنكية صادرة عن بنوك أجنبية معتمدة من طرف البنك الجزائري المختص.

2/ صور المقاول الملتزم في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء :

المقاول : هو شخص طبيعي، تاجر، يضارب على العمل المراد انجازه و يضارب على اليد العاملة و يعمل على سبيل التنظيم و التكامل و التكرار من اجل تحقيق الربح، و يحشد طاقات مادية و بشرية لذلك (و مقاولة البناء و الحفر و تمهيد الأرض هي من بين الأعمال التجارية المنصوص عليها في المادة 2 من القانون التجاري). و يعمل غالبا في شكل مؤسسة أشغال خاصة مسيرة ذاتيا (entreprise de travaux)، أما المقاول المدني فلا يمكن تصور تواجده في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، كون أن هذه الأخيرة غالبا ما يكون موضوعها

---

[17] - قرار مؤرخ في 16 رجب 1374 الموافق 1964/11/21 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، الجريدة الرسمية الصادرة في 1964/01/19 السنة الثانية العدد 2

[18] - و هو الشيء الذي انتقده معظم المتعاملين الأجانب و المؤسسات الأجنبية المتنافسة باعتبار أن هذا الإجراء يمس بمبدأ المساواة، أنظر في هذا الصدد : لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق لبن عكنون، 2007 ، ص 92.

مهم يحتاج إلى طاقات و إمكانيات و خبرة كبيرة لا يتمتع بها المقاول المدني الذي لا يتجاوز عدد عماله 7 عمال فقط[19].

المقاول العمومي الوطني: هو شخص عمومي ذو طابع تجاري، يخضع للقانون الخاص. فهو تاجر، يضارب على العمل المراد انجازه و يضارب على اليد العاملة و يعمل على سبيل التنظيم و التكامل و التكرار من اجل تحقيق الربح، و يحشد طاقات مادية و بشرية لذلك، و غالبا ما يكون في شكل شركات مساهمة عمومية، مثلا شركة المساهمة كوسيدار(COSIDER)، شركة المساهمة باتيجاك (BATIGEC)...الخ

الشركة المقاولة : هي شخص معنوي، تاجرة، تتكون من فرد أو عدة أفراد من اجل القيام بعمل ما و تنشئ بموجب عقد تأسيسي يخضع لشروط خاصة لاكتساب الشخصية الاعتبارية القانونية[20]، و الشركة المقاولة قد تكون شركة أشخاص (تضامن) أو شركة أموال (مساهمة) أو شركة مختلطة، و هي أيضا تضارب على اليد العاملة على سبيل التنظيم و التكامل و التكرار من اجل تحقيق الربح، و تحشد طاقات مادية و بشرية لذلك، و قد تكون حسب المادة 3 من دفتر الشروط الإدارية العامة، شركة تعاونية عمالية للإنتاج أو شركة تعاونية للصناع التقلديين أو شركة تعاونية للفنيين[21].

التجمع بالتضامن : أجازت المادة 59 من نفس المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم، بأن يتم التعاقد مع تجمع عدة متعاملين سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية، أين يلتزم كل متعامل من متعاملي التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة.

التجمع بالشراكة : و هي صورة أخرى نصت عليها المادة 59 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم، حيث يتم التعاقد مع تجمع عدة متعاملين أشخاص طبيعية أو معنوية، أين يلتزم

[19] - د. صبحي أعراب، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير الفرع العقاري، مقياس المتدخلين في البناء سنة 2009-2010.
[20] - محمود النفوري، التزامات البناء و مسؤوليته عن تصدع البناء ، مجلة المحامون العدد الرابع، الهامس و السادس 1992، سوريا ص 319.
[21] - محمد النفوري، نفس المرجع السابق

كل متعامل من متعاملي التجمع بتنفيذ جزء أو أجزاء من الصفقة يمكن أن تمنح لهم في إطار صفقة عمومية واحدة أو عدة صفقات. و يعين احد أعضاء التجمع (صاحب أغلبية الأعمال) كوكيل يمثل جميع الأعضاء أمام المصلحة المتعاقدة و ينسق انجاز خدمات أعضاء التجمع. على أن يكون هذا الوكيل متضامنا و جوبا لتنفيذ كل الصفقة مع كل عضو من أعضاء التجمع بشأن التزاماته التعاقدية في مواجهة المصلحة المتعاقدة.

الحرفيين: المادة 6 من المرسوم 236/10 المعدل و المتمم، نصت على إمكانية استشارة الحرفيين في صفقات الأشغال. و أكدت ذلك المادة 55 من نفس المرسوم على أن صفقات الأشغال المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية يجب أن تخصص للحرفيين.

و الحرفي هو الشخص الذي يمتهن حرفة معينة تخص أحد أعمال البناء كمزخرف الجبس أو النحات، غير أنه لا تكون للحرفي صفة التاجر، إلا أنه ظهر جدال كبير حول قدرة الحرفي في القيام بأعمال الصفقات العمومية التي تتعلق بالأشغال، ذلك أن هذا النوع من الصفقات يتطلب رؤوس أموال كبيرة و ضمانات غالبا ما يعجز الحرفي على توفيرها.

لذلك أجازت المادة 55 مكرر من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، و لغرض تلبية حاجات المصالح المتعاقدة، التعاقد مع المؤسسات المصغرة المدعمة من طرف مساعدات الدولة (ANSEJ, CNAC, ANGEM) و قد اشترطت تخصيصها لها بصفة حصرية في حدود نسبة 20% من الطلب العام.

ثانيا / المصلحة الملتزم لها

1/ **تعريف الجهة الملتزم لها**

الجهة الملتزم لها هي الجهة الإدارية المتعاقدة في الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء أي هي الجهة صاحبة المشروع الموكل انجازه من طرف المقاول الملتزم في الصفقة العمومية، و قد تكون هذه الجهة الملتزم لها أحد الأشخاص المذكورين على سبيل الحصر في المادة 02 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية 236/10 و التي يطلق عليها في تنظيم الصفقات العمومية تسمية المصلحة المتعاقدة.

فالمشروع موضوع الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء ينفذ لحساب احد الأشخاص المذكورين على سبيل الحصر، و في هذا الصدد يجدر بنا أن نوضح المفاهيم التالية :

صاحب المشروع : هو الشخص المعنوي من القانون العام و الذي تنفذ الأشغال لحسابه، و لا توجد نصوص قانونية في التشريع الجزائري تحدد بوضوح دور صاحب المشروع باستثناء التعريف الذي سحب من دفتر التعليمات التوجيهية الفرنسي الصادر في 19 أكتوبر1976، الذي يحدد بأن صاحب المشروع باعتباره المسئول الرئيسي على المشروع مكلف بتعريف المشاريع التي تظهر في شكل برنامج محدد، الذي يشير إلى المعطيات المتعلقة بالموقع و الحاجيات الواجب إشباعها على المستوى الوظيفي، والضغوطات الناتجة عن التنظيمات أو البيئة و مقتضيات الأجل و النوعية و خاصة الثمن، ثم إبرام صفقة الأشغال وضمان استلام هذه الأشغال من طرف المقاول المتعاقد في الصفقة [22]. كأن تقوم البلدية بإبرام صفقة مع مقاول تهيئة المساحات الخضراء للبلدية، فصاحب المشروع هنا هو البلدية التي تكون في علاقة مباشرة مع المقاول المكلف بالأشغال إلى غاية استلام هذه الأشغال و معاينتها.

نائب صاحب المشروع : إن تعريف نائب صاحب المشروع هو من خلق القضاء الفرنسي، فهو شخص معنوي يستلم إنابة السلطة المؤهلة للقيام بكل العمليات المرتبطة بإنجاز المشروع لحساب صاحب المشروع[23]، مثال ذلك الولاة الذين يفوضون سلطاتهم إلى وكالات التسيير العقاري لإنجاز سكنات لحساب الولايات. فوكالات التسيير العقاري هنا تصبح تلعب دور نائب صاحب المشروع و هي رغم أنها تخضع للقانون الخاص[24]. إلا أنها تتصرف في إطار الصفقة العمومية كصاحبة سلطة بالإنابة.

و يحظر على صاحب المشروع إنابة بعض الصلاحيات كقرار إنجاز المشروع، تعريف البرنامج، التسيير الحسابي للعمليات، المصادقة لاختيار المقاول ...الخ. أما الصلاحيات التي

---

[22]- قريشي أنيسة سعاد، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع المؤسسات ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2001- 2002 ، ص47- 48 .

[23] - راجع في هذا الصدد الصفقة المبرمة بين المؤسسة الجزائرية للدراسات و مديرية الفلاحة لولاية تيبازة من أجل إنجاز مسالك غابية، حيث أعتبر أن ولاية تيبازة هي المصلحة المتعاقدة و أن مديرية الفلاحة هي نائبة صاحب المشروع رغم أن هذا المشروع أنجز بميزانية خاصة بوزارة الفلاحة لكون أن الوالي يتمتع بسلطة تمثيل كل الوزارات داخل نطاق ولايته (قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء البليدة الصادر في 2009/06/29)

[24]- المرسوم التنفيذي 450/90 المؤرخ في 1990/12/22 الذي يحدد قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير و التنظيم العقاري، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 408/03 المؤرخ في 2003/11/05.

يمكن أن تعهد إليه فهي: تعريف الشروط الإدارية و التقنية لدراسة و تنفيذ المشاريع، توقيع و تسيير العقود بعد المصادقة على الاختيار من طرف صاحب المشروع، دفع المقابل لخدمات أعمال الصيانة و الأشغال، متابعة و تسلم المشاريع، تحضير اختيار المقاول...الخ.

2/ **تحديد المصلحة المتعاقدة على سبيل الحصر :**

لقد تم ذكر صور المصلحة المتعاقدة في التشريع الجزائري بحسب تطوره، ذلك أن أغلب التعديلات التي مر بها نظام الصفقات العمومية تناولت تعديل المادة القانونية التي تعدد الجهات الإدارية المعنية بالصفقات العمومية عند انجازها مشاريع من نفقتها.

ففي المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتعلق بالصفقات العمومية [25] كانت المصلحة المتعاقدة تنحصر في : 1/ الإدارات العمومية، 2/ الهيئات الوطنية المستقلة، 3/ الولايات، 4/ البلديات، 5/ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري (EPA).

ثم في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتعلق بالصفقات العمومية [26]، أضافت : مراكز البحث و التنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري(EPIC) و المؤسسات العمومية الاقتصادية (EPE) عندما تكلف بانجاز أشغال ممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة.

ثم في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل و المتمم، أضافت المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التقني، و اشترطت على المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية، في الحالات الخارجة عن المساهمة المؤقتة أو النهائية للدولة، تكييف إجراءاتها مع تنظيم الصفقات العمومية و العمد على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة، و في هذه الحالة يتعين على مجلس مساهمات الدولة المكلف بتمويل المؤسسات العمومية الاقتصادية و كذا الوزير الوصي إعداد جهاز للمراقبة و الموافقة عليه.

[25] - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 57

[26] - المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 205/02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 و المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 301/03 و المرسوم الرئاسي رقم 08-338 ج ر رقم 52 مؤرخة في 2002/06/28 – ج ر مؤرخة في 2003/09/14 – ج ر مؤرخة في 2008/10/26

و من هنا يظهر بأنه لا خلاف في أن الأشخاص العامة الإقليمية (الدولة مشكلة في وزاراتها، الولايات، البلديات) و كذلك الأشخاص العامة الإدارية (المؤسسات العامة الإداريةEPA)، تعتبر أشخاصا معنوية عامة و من ثمة فإن الأشغال التي تقوم بها أو تتم لحسابها تتطلب إبرام صفقات عمومية إذا تجاوز مبلغها القيمة الأدنى المحددة في قانون الصفقات العمومية و تخضع النزاعات الناشئة بصددها إلى القضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي [27]الوارد في المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية القديم و المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[28].

و نفس الشيء بالنسبة إلى الهيئات الوطنية المستقلة المتمثلة في (المجلس الشعبي الوطني، المجلس الدستوري، مجلس المحاسبة ..) التي يمثلها رئيسها في إبرام الصفقات العمومية. [29]

إلا أن الصعوبة تكمن في الأشغال التي تتم لحساب المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أي المؤسسات العمومية الاقتصادية، فهل تتطلب إبرام صفقات عمومية أو لا؟ .

في الحقيقة و من اجل خضوع هذه المؤسسات لقانون الصفقات العمومية، لابد أن تتوفر في الأشغال المراد انجازها الشروط التالية :

- ❖ يجب أن تكون هذه الأشغال متعلقة بعقار.
- ❖ يجب أن تتجاوز قيمة العقد 8.000.000,00 دج
- ❖ يجب أن تكون نفقات انجاز هذه الأشغال بصفة جزئية أو نهائية من تمويل الخزينة العمومية.

كما يجب أن تكون هاته المؤسسات مخول لها قانونا استعمال صلاحيات السلطة العامة أو اتخاذ قرارات ذات طابع تنظيمي بحكم شغلها لجزء من أملاك الوظيفة العمومية أو تسييرها لمرافق عامة، و ذلك طبقا لنص المادتين 55 و 56 من القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 [30]المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.[31]

[27]- أخذت الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا بالمعيار العضوي، و هذا في قرارها الصادر في 23 فيفري 1985 في القضية رقم 40108 بين السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية قنزات ضد فريق (ل) و التي تتعلق بأشغال هدم مقبرة. أين اعتبرت أن صاحبة المشروع هي احد الأشخاص العامة التي تتطلب إبرام صفقة عمومية

[28] - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج.ر رقم 21 المؤرخة في 2008/04/23

[29] Maitre Ameur Yahia Mouloud, 2002. « Réglementation des marchés publics ». *Mutation* (publication de la CACI), n° 42, p. 10.

[30] - القانون 01/88 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، ج . ر عدد 2 مؤرخة في 1988/01/13، ص 30.

[31] - أ. مصطفى شريف، العقد الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون 2003، ص 93.

من هنا يظهر أن المشرع عند تحديده لصفة المصلحة المتعاقدة لم يكتفي بالمعيار الموضوعي المكرس في المادة 800 من ق.إ.م.إ و إنما اعتمد أيضا على المعيار الشكلي المتمثل في الشرط الاستثنائي من خلال استعماله في المادة 02 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية لعبارة :" *عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز ...*" فهو إقرار ضمني بمنح امتياز السلطة العامة[32].

إلا أنه تجدر الإشارة بأن المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية قد أكدت في تعديلها الأخير، أن هذه المؤسسات عندما تريد التعاقد في مشاريع ضخمة و لا يكون تمويل هذه المشاريع من مساهمات الدولة سواء بصفة مؤقتة أو نهائية، فهي ملزمة بتكييف إجراءات هذه العقود مع تنظيم الصفقات العمومية و ذلك للحفاظ على المال العام، و يتعين على مجلس مساهمات الدولة أو الوزير الوصي على هذه المؤسسات إعداد جهاز للمراقبة الخارجية لهذه العقود و الموافقة عليه .

<u>المطلب الثاني : الوثائق المكلمة للصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء</u>.

إن الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء تحدد في معظمها أغلب الالتزامات الواقعة على عاتق المقاول المتعاقد، إلا أنها قد تحيل في بعض الأحيان توضيح أو شرح هذه الالتزامات إلى الوثائق المكملة للصفقة العمومية و التي تكون في الغالب سابقة لانعقادها حيث تتمثل في دفاتر الشروط المتعلقة بالصفقة (الفرع الأول) و أيضا قد تتعرض الصفقة العمومية إلى عملية مراجعة أو تعديل نظرا لظهور وقائع جديدة أثناء تنفيذها أين تتجسد في شكل وثيقة لاحقة لانعقاد الصفقة المتمثلة في ملحق الصفقة (الفرع الثاني)

[32] - أ. بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 91.

<u>الفرع الأول :</u> الوثائق السابقة لانعقاد الصفقة العمومية (دفاتر الشروط)

نصت المادة 10 من المرسوم الرئاسي 236/10 على أن دفاتر الشروط المحينة دوريا، توضح الشروط التي تبرم و تنفذ وفقها الصفقات، و بذلك يكون المقاول الملتزم في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء خاضع إلى هذه الدفاتر، حيث يجب عليه احترامها و الرجوع إليها في حالة وجود غموض أو عدم ذكر بعض الالتزامات الواقعة عليه.

و دفاتر الشروط تعرف على أنها وثائق تتضمن مجموعة من القواعد و الأحكام التي تضعها الإدارة مسبقا و بإرادتها المنفردة، بما لها من امتيازات السلطة العامة حتى تطبق على الصفقات العمومية مراعاة لمقتضيات المصلحة العمومية.[33] و قد أكد مجلس الدولة مرارا على خضوع المقاول لهذه الدفاتر. [34]

و لدفاتر الشروط عدة صور[35] :

أولا/ **<u>دفاتر البنود الإدارية العامة CCAG</u>**:

و هي الدفاتر أو القوائم المكتوبة التي تحتوي و تتضمن الشروط التي تنطبق على كل العقود الإدارية التي تبرمها وزارة من الوزارات أو مصلحة من المصالح المختصة.[36]

عرفت الجزائر منذ استقلالها إلى يومنا هذا و رغم تعديل قانون الصفقات العمومية لعدة مرات، دفتر شروط إداري عام واحد و هو دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل لسنة 1964 [37] و المصادق عليه بموجب القرار المؤرخ في 16 رجب 1374 الموافق 1964/11/21 و المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة في 1964/01/19 السنة الثانية العدد 2، و يبقى هذا الدفتر مرجع مهم و

---

[33] - د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق ص 48

[34] - أنظر المرجع السابق ص 49 (قرار مجلس الدولة 008072 مؤرخ في 2009/04/15 :... استند مجلس الدولة على المادة 41 من دفتر البنود الإدارية العامة/ قرار مجلس الدولة 010834 بتاريخ 2003/06/17 :...استند مجلس الدولة على المادة 07 من دفتر الشروط)

[35] - C. Lajoye, droit des marches publics, op. cit, p. 124 – 128 : تقسم المادة 13 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي دفاتر الشروط إلى : أ - دفاتر الشروط العامة : و التي تحتوي على : 1/دفاتر الشروط التقنية العامة،2/ دفاتر الشروط الإدارية العامة .
ب - دفاتر الشروط الخاصة : و التي تحتوي على : 1/ دفاتر الشروط التقنية الخاصة ، 2/ دفاتر الشروط الإدارية الخاصة.

[36] - د.عمار عوابدي، القانون الإداري الجزء الثاني : النشاط الإداري طبعة 2002 ديوان المطبوعات الجامعية ص 215

[37] Bennadji Cherif. *L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie*. Thèse de doctorat d'Etat en droit, Université d'Alger, 1991, p. 510.

أساسي في تحديد و شرح التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، رغم أنه معرض لعدة انتقادات أهمها :

- أنه لم يتم تحيينه منذ صدوره في 1964 عكس ما ألزمته المادة 10 المذكورة أعلاه، و بذلك فيوجد فيه اختلافات كثيرة مع واقع الحال، كون أن الوزارة التي صادقت عليه قد انقسمت لعدة وزارات، كما أنه يحتوي على عدة عبارات ذات طابع اشتراكي، و أنه يستعمل مصطلحات لم يعد لها وجود في واقع الحال، كمهندس الدائرة الذي يكلف بمراقبة الأشغال.

- أن هذا الدفتر تمت المصادقة عليه بموجب قرار صادر عن وزارة واحد إلا أن المادة 10 المذكورة أعلاه تشترط المصادقة عليه بقرار وزاري مشترك.

ثانيا/ **دفاتر التعليمات المشتركة CPC :**

و هي الدفاتر و القوائم التي تشمل على الشروط الإدارية المشتركة التي تتضمن الشروط الخاصة بنوع معين من العقود الإدارية لوزارة من الوزارات أو مصلحة من المصالح. [38]

هذه الدفاتر تصدر عن وزارة معينة في شكل عام للشروط التقنية المطبقة على نوع معين من الصفقات، و يجب أن يصادق عليها بقرار وزاري. إلا أن الجزائر لم تعرف إلى يومنا هذا أي دفتر التعليمات المشتركة خاص بأشغال البناء . إلا أنه تجدر الإشارة أنه كان من المفروض أن يصنف دفتر الشروط الإدارية العامة الصادر في 1964 في خانة دفاتر التعليمات المشتركة كون أنه تنطبق عليه شروط هذا النوع من الدفاتر و ليس شروط النوع الأول[39]، و بذلك بقي هذا النوع من الدفاتر مجرد حبر على ورق.

ثالثا/ **دفاتر التعليمات الخاصة CPS :**

هذه الدفاتر أو القوائم هي أشد الدفاتر تخصيصا و تفصيلا حيث تشمل على الشروط و المواصفات الإدارية الخاصة و التفصيلية لكل عقد من العقود الإدارية[40].

هذه الدفاتر تحدد الشروط المتعلقة بكل صفقة على حدا، و قد تم ذكر بياناتها في المادة 48 و 51 من المرسوم 236/10 و التي بموجبهما يجب أن تتضمن خاصة الشروط ذات الطابع

---

[38] - د. عمار عوابدي، المرجع السابق ص 215

[39] Bennadji Cherif, op. cit., p. 515.

[40] - د. عمار عوابدي، المرجع السابق ص 215

الاقتصادي و التقني و الضمانات المالية و يجب أن تشمل آخر صفحة منها عبارة "قرأ و قبل" التي يمضي عليها المقاول لتكتسي بذلك الطابع التعاقدي و ترتب بالنتيجة التزامات على عاتق هذا الأخير.

الفرع الثاني : الوثائق اللاحقة لانعقاد الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء

قد يتعرض المقاول أثناء تنفيذه لموضوع الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء، إلى أحداث أو وقائع لم تكن متوقعة في الصفقة العمومية من شأنها أن تزيد في التزاماته و بالنتيجة تؤثر على مركزه المالي، فإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية، فان عقود الصفقات العمومية هي أيضا تحفظ للمقاول حقه في إعادة التوازن المالي للصفقة، من هنا كان لابد من التعرض إلى الحالات التي من شأنها تغيير التزامات المقاول في الصفقة العمومية (أولا) و كيفية تعديل الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء (ثانيا).

أولا / **حالات تغير التزامات المقاول في الصفقة العمومية**

يمكن تصور تغير التزامات المقاول في الصفقات العمومية دون جعلها مستحيلة التنفيذ في إحدى الحالتين، الأولى في حالة تدخل الإدارة نفسها في تغيير الالتزامات الواقعة على عاتق المقاول و هذا ما يسمى بفعل الأمير، و الثانية في حالة تغير الالتزامات بفعل خارج عن أطراف الصفقة العمومية و هو ما يسمى بالظروف الطارئة.

1 / **حالة فعل الأمير** : يقصد بفعل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة[41] و التي تؤدي إلى زيادة أو نقصان في التزامات المقاول في الصفقة العمومية.

و يمكن تعريف فعل الأمير بصفة عامة، بأنه عمل يصدر عن سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تغير مركز المتعاقد في العقد الإداري، و يؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي لحقته مما يعيد التوازن المالي للعقد[42].

41 - د. عمار بوضياف، المرجع السابق

و هذه النظرية من منشأ القضاء الفرنسي[43]. و تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي السابق 02-250 [44]و المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم التي جاء فيها :*" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل. غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي : إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين..."*

و حتى نكون أمام فعل الأمير[45] وجب توفر ثلاثة شروط و هي:

أ/ أن يصدر العمل عن الإدارة المتعاقدة نفسها، كأن تكلف المقاول بانجاز عمارة سكنية ذات 6 شقق في أجل يقدر ب 24 شهر ثم تغير هذا الأجل إلى 18 شهر بذلك تكون قد زادت في التزام المقاول بفعل منها، إلا أنه إذا صدر العمل أو القرار عن جهة إدارية أخرى فلا يمكن في هذه الحالة إعمال و تطبيق نظرية فعل الأمير.

ب/ أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة المتعاقدة مشروعا غير مخالفا للنظام العام، فان صدر عمل غير مشروع جاز للمقاول اللجوء للقضاء و مسائلة الإدارة طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

ج/ أن يؤدي العمل المشروع الصادر عن الإدارة المتعاقدة إلى قلب اقتصاديات الصفقة العمومية و التأثير عليها بصورة أساسية بما يؤثر على المركز المالي للمقاول المتعاقد فيسبب له ضررا ماليا.[46]

---

[42] - د. سليمان الطماوي، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ط 3، دار الفكر العربي، مصر، 1975، ص 619

[43] - الدكتور محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و أثارها القانونية – دراسة مقارنة في النظرية و التطبيق- المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان الطبعة الأولى 1998 ص 78 : (يذكر الفقيه لوبادير في خلاصته أن نظرية فعل الأمير هي نظرية خاصة للقانون الإداري و ليس لها أية علاقة بالقانون الخاص و الذي يسبغ عليها هذه الصفة الأساسية كونها تضع مسألة تدخل الإدارة المتعاقدة موضع الاهتمام و التساؤل على عكس ما يحصل في القانون المدني)

[44] - د. عمار بوضياف، المرجع السابق

[45] Kobtan Mohamed. *Le régime juridique des contrats du secteur public*. Thèse de doctorat d'Etat en droit. Université d'Alger, 1984, pp. 262- 264

[46] - راجع في هذا الصدد الأستاذ يوسف المهيملي، سلطة الإدارة في أن تفرض من جانب واحد تعديلات على شروط العقود الإدارية، مجلة قضايا الحكومة ، السنة الأولى، العدد الرابع، 1957، ص 145.

2/ **الظروف الطارئة :**

نظرية الظروف الطارئة هي نظرية ذات منشأ قضائي، حيث ظهرت في القضاء الفرنسي في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1916/03/24 في قضية الإنارة لمدينة بوردو[47].

تتلخص هذه النظرية في أن تطرأ بعد إبرام الصفقة العمومية، ظروف استثنائية لم تكن في الحسبان و لم يكن في الإمكان توقعها وقت إبرام الصفقة، و ترتب على حدوث هذه الظروف زيادة أو نقصان في التزامات المقاول في الصفقة العمومية لدرجة ترهق المقاول. و هذا ما يحدث مثلا في فترة ارتفاع شديد للأسعار و تخفيض العملة[48].

فإذا ما أطرأت هذه الظروف الاستثنائية، جاز للمقاول المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بإعادة النظر في الصفقة و تعويض جزئي عن الخسارة التي لحقت به. و من أمثلة الظروف الطارئة الحرب أو إضراب مفاجئ أو أزمة مالية اقتصادية خطيرة[49].

و تجد هذه النظرية أساسها القانوني في المادة 107 من القانون المدني التي جاء فيها: *" يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه و بحسن نية و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".*

و هذا ما اكدته المادة 115 من الرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و التي أجازت إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار قرار دون حاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية، مما يعني أن قانون الصفقات العمومية راعى الظروف الطارئة و الوضع الجديد

---

47 - د. عمار بوضياف، المرجع السابق : نتج عن نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفاع أسعار الفحم بما سبب ضررا للملتزم فلم يعد باستطاعته تحمل الأعباء المالية الجديدة حيث ارتفع سعر الفحم من 23 فرنك فرنسي 1904 إلى 73 فرنك فرنسي في 1916 بما سبب له خللا ماليا كبيرا و قد لجأ الملتزم للإدارة المتعاقدة أولا لتعيد النظر في الأحكام المالية الواردة في العقد، غير أنها رفضت مما دفعه باللجوء إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي اعترف له بحقه في التوازن المالي بعنوان الظروف الطارئة .

48 - د. ناصر لباد، د. ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني : النشاط الإداري، لباد للنشر ، 2004. ص 293-300

49 - د. عمار عوابدي، المرجع السابق ص 222- 230

و الإرهاق المالي للمقاول المتعاقد في الصفقة العمومية، فأجاز إعادة النظر فيها في إطار حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية [50].

و حتى نكون أمام الظروف الطارئة يجب أن توفر ثلاثة شروط و هي:

1/ أن يقع الحادث أو الظرف الطارئ بعد وقت إبرام الصفقة و لم يتوقع حدوثه وقت إبرامها و لم يكن في حسبان نية المتعاقدين وقت الانعقاد.

2/ أن تكون هذه الحوادث و الظروف الطارئة أجنبية عن الصفقة، أي ليست ناتجة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية حتى لا تصبح مسؤولية تعاقدية.

3/ أن تؤدي هذه الظروف الطارئة إلى اختلال التوازن المالي للصفقة اختلالا خطيرا و غير مألوف بحيث يصبح تنفيذ المقاول لالتزاماته التعاقدية مرهقا يجعله يتحمل أعباء مالية خطيرة و خسارة كبيرة.[51]

ثانيا/ **<u>تعديل الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء</u>**

أثناء تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة العمومية، قد تطرأ مستجدات، لم تؤخذ بعين الاعتبار عند إبرام الصفقة العمومية من شأنها أن تؤدي إلى تعديل بند أو أكثر من هذه الصفقة، لذلك كان لابد من إيجاد طريقة قانونية لضبط هذه المستجدات تتمثل في ملحق الصفقة العمومية. هذا الملحق يتم إبرامه تحت شروط و قواعد خاصة نظرا لطبيعة العقود العامة .

1/ **<u>ملحق الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء :</u>**

للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة إذا حدث تعديل في بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية، و ذلك من تلقاء نفسها أو بطلب من المقاول لإعادة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية، و يجب أن لا يمس هذا التعديل بجوهر موضوع الصفقة العمومية و لابد أن يتم تحريره خلال الآجال التعاقدية للصفقة.[52]

---

[50] ـ د. عمار بوضياف، المرجع السابق

[51] ـ د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق ص 77

[52] ـ أ/ فريد خلاطو، الصفقات العمومية، ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية، 9 و2008/01/10 ، مخبر المغرب الكبير الاقتصاد والمجتمع، جامعة منتوري قسنطينة ص 97

و يعرف الملحق **(Avenant)**على أنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، يمكن أن يشمل زيادة أو نقصان في التزامات المقاول المحددة في الصفقة الأصلية، أو إضافة أشغال جديدة تدرج في مبلغ الصفقة الإجمالي، مع إمكانية تحديد أسعار جديدة لم تؤخذ بالحسبان أثناء إبرام الصفقة الأصلية. و بذلك يكون الهدف الرئيسي من ملحق الصفقة هو إجراء تعديل في أحد العناصر التالية [53]:

1/ كمية الأشغال المطلوب انجازها.

2/ شروط التنفيذ المتفق عليها.

3/ مدة انجاز الأشغال سواء كان بالزيادة أو النقصان.

و بالرجوع إلى المرسوم 236/10 المعدل و المتمم، نجد أنه خصص للملحق قسم خاص تحت رقم 05 يضم المواد من 102 إلى غاية 106، و قد فسرت المادة 103 منه المقصود بالملحق بأنه "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية ..". و هو نفس التعريف الذي جاء في مادة 90 و ما يليها من المرسوم الرئاسي السابق 250/02 المعدل و المتمم و الملغى بالمرسوم الرئاسي الحالي[54].

و غالبا ما تتبع الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء بملاحق نظرا للظروف الجديدة التي تكتشف بعد إبرام الصفقة العمومية الأصلية، كأن يتم إبرام صفقة عمومية من أجل بناء كلية تابعة لوزارة التعليم العالي و يتم تحديد كميات الأشغال المراد انجازها في الصفقة بعد دراسة تقنية لموقع البناء، إلا أنه بعد الشروع في أشغال حفر الأسس يتبين وجود صخور حجرية تحتاج إلى تقنيات خاصة للحفر لم تؤخذ بعين الاعتبار أثناء إبرام الصفقة، هنا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى تحرير ملحق للصفقة من أجل تدارك كميات الأشغال التي لم تدرج في الصفقة الأصلية.

---

[53] - د.سليمان الطماوي، المرجع السابق ، ص 451

[54] - د. عمار بوضياف، المرجع السابق.

و ملحق الصفقة قد يتم تحريره لأحد الأهداف التالية:

1/ زيادة كميات الأشغال المراد انجازها، كتحرير ملحق لأجل زيادة طول الطريق المراد تعبيده.

2/ تقليل كميات الأشغال المراد إنجازها، كتحرير ملحق من أجل إلغاء أشغال تم إدراجها في الصفقة و عند الشروع في البناء تبين عدم وجود جدوى منها لإتمام المشروع.

3/ تعديل بند في الصفقة، كأن يقع سهو عند تحرير الصفقة في عنوان المقاول أو صفته القانونية، فيتم تحرير ملحق من أجل تعديل هذا الخطأ.

4/ إقفال الصفقة نهائيا، كأن يقوم المقاول بإنجاز الأشغال المحددة في الصفقة العمومية و يكتشف بعد الانتهاء منها أنه تجاوز الكميات المحددة في الصفقة و كان هذا التجاوز لابد منه نظرا للطبيعة الخاصة للبناء و هو ما يسمى بالأعمال الإضافية الخارجة عن الصفقة العمومية[55]، فهنا يتم تحرير ملحق إقفال الصفقة نهائيا لإدراج الأشغال الإضافية الخارجة عن الصفقة من أجل إمكانية تسديد مستحقات المقاول.

2 / **شروط الملحق** :

نظرا لكون أن ملحق الصفقة العمومية هو تفريعا عن الأصل العام المتمثل في الصفقة الأصلية، فإنه يستلزم لخروجه حيز التنفيذ خضوعه لعدة شروط إلزامية تتمثل فيما يلي :

1/ أن يكون ملحق الصفقة مكتوبا، و ذلك ما دام أن الكتابة إلزامية في الصفقة العمومية الأصلية، فما يلزم به الأصل كان ملزما على الفرع، كما أن عنصر الكتابة أمر لازم في جميع الحالات التي تمارس فيها الإدارة نشاطها بما فيه العقود الإدارية و كذا أثناء ممارستها لسلطة التعديل.

2/ أن يحرر الملحق من طرف نفس الجهة الإدارية المختصة بإبرام الصفقة العمومية الأصلية، ووفق الأوضاع و الإجراءات المقررة له، و على أن يكون ذلك خلال مدة تنفيذ الصفقة العمومية[56].

3/ أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهري بموضوع الصفقة العمومية[57]، و هذا ما أكدته الفقرة الأخيرة من المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10. و هذا الشرط طبيعي و لازم أيضا إذ أن التعديل الجوهري من شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة مخالفة للصفقة الأصلية. و في

---

[55] ـ د. رياض عيسى، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الحادية عشر، العدد الرابع 1987 ص 118 : "الأعمال الإضافية هي الأعمال التي لم تدرج صراحة أو ضمنا في مواصفات و خطة العمل المتفق عليها في العقد.."

[56] ـ د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر ص 271

[57] ـ - أ. بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية،المرجع السابق،،ص 110.

المقابل يترتب على تعديل الصفقة حق المقاول المتعاقد في طلب التعويض عن الالتزامات الإضافية الجديدة.[58]

4/ أن يتعلق بالزيادة أو النقصان على أن يراعى فيه السقف المالي المحدد في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم.

5/ يجب أن يعرض الملحق على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، و يعفى من هذا الشرط حسب المادة 105 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم، الملاحق التي تكون عديمة الأثر المالي و تتعلق بإدخال أو تغيير بند أو أكثر، باستثناء البند المتعلق بآجال التنفيذ. أو الملاحق التي تكون ناتجة عن ظروف استثنائية و خارجة عن إرادة الطرفين في الإخلال بالتوازن الاقتصادي للصفقة أو تأخير الآجال التعاقدية الأصلية. أو الملاحق التي يكون الغرض منها إقفال الصفقة العمومية نهائيا.

و يبقى الملحق خاضع لرقابة القاضي الإداري، في حالة عرضه على الجهة القضائية المختصة من طرف المقاول للتأكد من تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، و كذا من مدى علاقته بالصفقة الأصلية و بالحدود المالية المنصوص عليها قانونا و على ضوء ذلك يقدر عما إذا هناك تعسف من طرف الإدارة في ممارسة سلطة التعديل من عدمه.

و يستنتج من هذه الشروط قواعد هامة تخص ملحق الصفقة العمومية، تتمثل خاصة فيما يلي :

1/ أن ملحق الصفقة هو جزء تابع للصفقة الأصلية[59].

2/ أن ملحق الصفقة لا يخضع إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة و الضمانات التقنية و المالية و أجل التعاقد و كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز زيادة أو نقصانا النسب التالية :20% من الصفقة الأصلية بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة. و 10% من الصفقة الأصلية بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات. [60]

[58] - د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق ص 71

[59] - د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق ص 71

[60] - المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

<u>المبحث الثاني</u> : مضمون التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء

يقع على عاتق المقاول بمجرد انعقاد الصفقة العمومية و دخولها حيز التنفيذ عدة التزامات، يمكن تقسيمها إلى التزامات متعلقة بطبيعة الصفقة العمومية باعتبارها عقد إداري تم تمويله بأموال عمومية (المطلب الأول) و التزامات أخرى متعلقة بمضمون الصفقة العمومية المتعلق بأشغال البناء (المطلب الثاني).

<u>المطلب الأول</u> : التزامات المقاول المتعلقة بطبيعة الصفقة العمومية :

هذا النوع من الالتزامات يتعلق بطبيعة الصفقة العمومية كعقد اداري دون التطرق إلى مضمون الصفقة العمومية. هذه الطبيعة الخاصة للعقد الاداري تجد أساسها في الشرط الغير مألوف المتمثل في حماية المال العمومي المستثمر في الصفقة العمومية، و بغض النظر عن الشروط الخاصة الواقعة على المقاول عند تعهده للمناقصة العمومية المتمثلة خاصة في تقديم عروض تقنية و عروض مالية و كذا شهادة التأهيل و التصنيف، يمكن تقسيم هذا النوع من الالتزامات بدوره إلى صنفين، الأول يتعلق باحترام التنظيم الخاص للصفقات العمومية (الفرع الأول) و الثاني يتعلق بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية (الفرع الثاني).

<u>الفرع الأول</u> : من حيث احترام تنظيم الصفقات العمومية **:**

يلتزم المقاول المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء، بالخضوع إلى القوانين و المراسيم المتعلقة بتنظيم مهنته، و كذا بالقوانين المنظمة لكيفيات تنفيذ الصفقة العمومية المتعلقة بالأشغال البناء. الشيء الذي تؤكده معظم دفاتر الشروط الإدارية العامة التي تلزم المقاول بضرورة مراعاة التشريعات في مجال العمل و النظام الاجتماعي و الملكية الصناعية.

و نظرا لتعلق هذا النوع من الصفقات العمومية بالبناء كان لابد من الرجوع إلى القوانين المتعلقة بها على سبيل المثال و ذلك على النحو التالي :

أولا/ **تطبيق التشريع الخاص بالصفقات العمومية** :

تنص المادة 62 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية 236/10 المعدل و المتمم، على ضرورة الإشارة إلى هذا المرسوم في جميع الصفقات المبرمة و إلى التشريعات و التنظيم المعمول به، كما أن المادة الأولى منه تنص أيضا على أن يتم تطبيق سياسة إعداد و إبرام و تنفيذ الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها و أحكام هذا المرسوم. و من هنا يظهر أنه حتى ولو أغفلت الصفقة العمومية ذكر بعض الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول أثناء إعدادها، يبقى هذا الأخير ملزم باحترام المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية.

و قد عرف تشريع الصفقات العمومية الجزائري تطورا كبيرا، لكون أنه يرتبط ارتباطا وثيقا بالواقع السياسي الاقتصادي للبلاد، فمنذ نيل الجزائر لاستقلالها و هي تحاول إرساء قوانينها الخاصة بهذا المجال، فعند الاستقلال و سدا منها للفراغ القانوني قررت بموجب القانون 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 الاستمرار بالعمل بالتشريع الفرنسي ما عدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية [61].

و كون الصفقات العمومية مجال استراتيجي لاستهلاك الأموال العامة و تنفيذ المشروعات فقد صدر مرسوم تحت رقم 103/64 المؤرخ في 1964/03/26 تقرر بموجبه إنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية التي عهد لها اختصاص اتخاذ الأحكام القانونية و إجراءات تنفيذ الصفقات[62].

ثم تم إصدار الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن الصفقات العمومية و هي أول خطوة تشريعية في مجال الصفقات العمومية[63]. تبعه بعد ذلك صدور المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتعلق بتنظيم صفقات المتعامل العمومي[64]، وذلك سعيا لإضفاء نوع من الليونة و البساطة في إبرام الصفقات العمومية .

---

[61] - د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر ، المرجع السابق، ص 10.

[62] Bennadji Cherif, op. cit, p. 163.

[63] Bennadji Cherif, op. cit., p. 187.

[64] Bennadji Cherif, op. cit., p. 522.

و بظهور الظروف الإقتصادية الجديدة التي دعت الجزائر للدخول في اقتصاد السوق ظهرت الحاجة إلى تعديل يتماشى و هذه الظروف[65]، و كان ذلك بموجب القانون رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 المتعلق بالصفقات العمومية .

و نظرا لجملة الثغرات القانونية التي تم الوقوف عليها، تم إصدار المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 2003/09/11 و المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 2008/10/26.[66]

و كحوصلة لجميع المراسيم و القوانين الخاصة بالصفقات العمومية تم إصدار المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 الذي يعتبر حاليا الركيزة الأساسية لإبرام الصفقات العمومية و الذي عدل مرتين في سنة 2011، وذلك بموجب المرسومين الرئاسيين رقم 98/11 [67] و رقم 222/11[68]. ثم عدل في سنة 2012 بموجب المرسوم الرئاسي 12-23[69]، وآخر تعديل له قد تم في سنة 2013، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03/13.[70]

ثانيا/ **<u>تطبيق قوانين العمل و الضمان الاجتماعي :</u>**

نصت المادة 17 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، على أنه يقع على عاتق المقاول تمام العبء المتعلق بتطبيق مجموع تشريع و نظام العمل على العمال المستخدمين لدى المقاول أثناء عملية تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، و لا سيما فيما يخص نظام الصحة و الضمان الاجتماعي و قد تم ترتيب عن مخالفة تطبيق هذه القوانين عقوبات قد تصل إلى درجة الإقصاء المؤقت أو النهائي من المشاركة في المناقصات العمومية و ذلك بعد إنذار المقاول و إمهاله بأجل لا يقل عن 10 أيام كما تنص على ذلك المادة 35 من نفس الدفتر.

---

[65]Bennadji Cherif, op. cit, p. 650.

[66]- مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 62، المؤرخة في 09 نوفمبر سنة 2008م.

[67]- مؤرخ في أول مارس سنة 2011، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 14 المؤرخة في 06 مارس سنة2011م.

[68]-مؤرخ في 16 يونيو سنة 2011، يعدل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 17 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر رقم 34 المؤرخة في 19 جوان سنة 2011م.

[69] مرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 18 يناير 2012، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 04 المؤرخة في 26 جانفي 2012م.

[70]- مؤرخ في 07 يناير سنة 2013، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 02 المؤرخة في 13 يناير سنة 2012م

و تتضمن التزامات المقاول فيما يخص تطبيق التشريعات المتعلقة بالعمل خاصة الالتزامات الفرعية التالية:

- احترام رواتب العمل المتعلقة بكل مهنة و كذا حد الأجر الأدنى المضمون قانونا المقدر ب 18.000 دج/للشهر مع احتساب أجور الساعات الإضافية.

- إعلان جدول الأجور العادية في الورشات و المعامل التي تنفذ فيها الأشغال.

- إرسال كل المستندات المتعلقة بالعمال إلى المصلحة المتعاقدة (ف 5 من المادة 17 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964).

- يجب على المقاول تعليق إعلان الورش يبين فيه اسم الإدارة التي تنفذ الأشغال لحسابها و كذا اسم و عنوان مفتش العمل المكلف بمراقبة المقاولة.

- يجب على المقاول أن يعلم المصلحة العمالية المختصة عن مقدار حاجته للأيدي العاملة حسب المادة 08 من القانون 04/19 المتعلق بإنشاء الوكالة الوطنية للتشغيل، و هذه الأخيرة أي الوكالة المحلية للتشغيل من شأنها أن تفيد العاطلين المحتاجين للعمل فضلا على العمال المتعاقدين و المستخدمين لديه قبل فتح الورشة.

- و يلزم المقاول بتطبيق النظام المتعلق بحماية أشغال الفلاحة و الغابات إذا كان موضوع المشروع المسند له يقع في هذه الأماكن.

و تكملة لالتزامات المقاول اتجاه العمال الذين يستعين بهم في تنفيذ المشروع الموكل إليه في الصفقة العمومية، و نظرا لطبيعة أشغال مشاريع البناء التي تكون محددة المدة و تستلزم في غالب الأحيان التشغيل بعقود عمل محددة المدة و نظرا لإمكانية توقيف الأشغال الاضطراري في حالات سوء الأحوال الجوية، و حرصا على مصلحة العامل البسيط، ألزم المقاول بموجب الأمر 02/97 المؤرخة في 1997/01/11 المتمم لمقتضيات القانون 11/90[71] المتعلق بتنظيم علاقات العمل، بتقديم اشتراكات لدى الصندوق الوطني للعطل المدفوعة الأجر و البطالة بسبب الظروف الجوية في مجال البناء و الأشغال العمومية و أشغال الري و المسمى ب (CACOBATPH) المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 45/97 المؤرخ في 1997/02/04.[72]

---

[71] - القانون 90-11 المؤرخ في 1991/04/21 المتعلق بتنظيم علاقات العمل

[72] - المرسوم التنفيذي رقم 97-45 ج ر رقم 1997/08

ثالثا/ **تطبيق قانون التأمين :**

ألزمت المادة 175 من قانون التأمين 07/95 على المقاول أن يكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية و المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء و تجديد البناءات أو ترميمها، و عليه إثبات وقت فتح الورشة بأنه قد اكتتب عقد التأمين.

و يمتد هذا التأمين من يوم فتح الورشة إلى غاية تاريخ الاستلام النهائي للأشغال.

كما أن المادة 178 من قانون التأمين ألزمت أيضا المقاول باكتتاب عقد تأمين على المسؤولية العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني و يبدأ سريانها من يوم الاستلام النهائي للمشروع.

إلا أن المادة 182 من قانون التأمين نصت على أنه لا تسري إلزامية التأمين على الأشغال التي تقوم بها الدولة و الجماعات المحلية ، و يفهم من ذلك أن المقاولات العمومية عندما تنفذ الأشغال بنفسها لا تكون ملزمة باكتتاب تأمين عن المسؤولية العشرية و تبقى مخيرة في ذلك عكس المقاولون الخواص الذين تقوم عليهم هذه الإلزامية .

و في حالة عدم الالتزام بإلزامية التأمين بالنسبة للمقاول، يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 5.000 دج إلى 100.000 دج دون الإخلال بالعقوبات الأخرى التي يمكن أن تطبق في شأنه.

رابعا /**تطبيق قانون التهيئة و التعمير**

إن حق البناء حسب المادة 50 من قانون التهيئة و التعمير مرتبط بملكية الأرض، و بالنتيجة يكون مالك المشروع ملزم باستخراج رخصة البناء قبل الشروع في أي عمليات بناء حتى و لو كان هذا المالك مصلحة إدارية فلا يستثنى احد أمام القانون، و قد أحيطت المشاريع التي تحظى بخصوصية امن الدولة و الدفاع الوطني بإجراءات خاصة.

و مادام المصلحة المتعاقدة هي صاحبة المشروع فالتزام استخراج رخصة البناء لتنفيذ الصفقة لعمومية المتعلقة بأشغال البناء يقع على عاتقها.

غير أن المقاول يبقى مسئول عن احترام الالتزامات التي يفرضها قانون التهيئة و التعمير 29/90 المعدل و المتمم [73]، و ذلك بالرجوع إلى المادة 77 منه التي تدرج المقاولين في مسؤولية تجاهل هذه الالتزامات.

كما أن المقاول تقع على عاتقه إلتزامات أخرى لم نتطرق لها نظرا لتعلقها بممارسة مهنته و ليس بسبب صفقة عمومية تتمثل خاصة في الإلتزام باستخراج السجل التجاري و التصريح لدى مديرية الضرائب و كذا الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي لغير الأجراء (CASNOS).

<u>الفرع الثاني</u> : من حيث التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية

أولا/ **<u>المبدأ العام</u>** : التنفيذ الشخصي

المبدأ العام في الصفقات العمومية أن صاحب الصفقة و هو المقاول ملزم بتنفيذ الطلبات المحددة في الصفقة شخصيا، بنفسه و على مسؤوليته الخاصة [74]، بمعنى أنه يقوم بانجاز الأشغال المحددة في الصفقة من طرفه شخصيا و بواسطة أمواله الخاصة من أجهزة، آلات، كفاءات، عمال.. الخ [75]، بطريقة سليمة و بعناية و على أساس مبدأ حسن النية [76]، و ما يبرر ذلك هو أن الصفقات العمومية مثلها مثل باقي العقود الإدارية يتم انعقادها مع الأخذ بعين الاعتبار شخصية المتعاقد intuitu personæ و ذلك من أجل تفادي الغش في قواعد إبرام الصفقات العمومية[77]، كأن تتقدم شركة معروفة و كبيرة بالمشاركة في جميع المناقصات المنشورة لتتنافس بذلك مع باقي الشركات، ثم تقوم بعد الفوز بها بالتنازل عن هذه الصفقات إلى شركات أخرى قد تكون أقل خبرة منها أو لا تملك نفس إمكانيات الشركة الأولى. ذلك أن السمسرة في الصفقات العمومية ممنوعة (المادة 11 من دفتر الشروط لسنة 1964).

---

73 - قانون رقم 04- 05 مؤرخ في 14 غشت سنة 2004، يعدل ويتمم القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر سنة 1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير، ج ر عدد 51، مؤرخ في 15 غشت سنة 2004.

74 - د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ص 429 - 432

75 - C. Lajoye, op. cit., p. 121

76 - د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ص 429 - 432

77 - C. Lajoye, op. cit., p. 212

فعملية منح الصفقة للمقاول كانت قد استندت أساسا على عوامل ترتبط بالإمكانيات المادية و المؤهلات العلمية و القدرات المالية و الخبرة التي يتسم و يتمتع بها شخص المقاول.[78] و كذا حسن السمعة أو حتى الجنسية[79]، و من ثمة فان الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو أثناء تنفيذ الصفقة.[80]

و لا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصفقة العمومية أن يلزم المقاول بأداء الخدمة لوحده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل الصفقة، إذ لا يمكن تصور ذلك خاصة في الصفقة العمومية المتعلقة بالأشغال، بل المقصود به أن المقاول المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بها إلى الغير، فيتحلل من بعض التزاماته اتجاه المصلحة المتعاقدة، و بذلك يكون المقاول مسئولا بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل و التام و النهائي للمشروع.[81]

ولا يجوز إحلال المقاول غيره في تنفيذ ما التزم به في الصفقة المبرمة بينه و بين المصلحة المتعاقدة، إلا أن ذلك لا يمنع المقاول من اللجوء للغير بقصد الحصول على الأشياء و المواد الأولية اللازمة له لتنفيذ موضوع الصفقة.[82] و بذلك يجوز للمقاول أن يبرم اتفاقات بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته التعاقدية سواء فيما يتعلق بحصوله على الموارد المادية أو المعونة الفنية ... الخ. فهذا النوع الثاني من التعاقد جائز كقاعدة عامة. تفريعا على حرية المتعاقد في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته[83]. و لا يحد من هذا المبدأ إلا ما قد يرد في الصفقة صراحة من ضرورة الحصول على أصناف معينة من مواد البناء أو شراء المواد من شركات معينة...الخ، و ما قد يرد في اللوائح أو القوانين في هذا الصدد كمنع التعامل مع إسرائيل أو شركات تتعامل مع دولة إسرائيل...الخ.

---

[78] - د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق ص 80

[79] - د. عمار عوابدي، القانون الإداري الجزء الثاني : النشاط الإداري المرجع السابق، ص 216

[80] - د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق 429 - 432

[81] - د. عمار بوضياف، المرجع السابق ص 147 - 148

[82] - د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 248

[83] Richer Laurent. Droit des contrats administratifs. Paris, LGDJ (5ème édition), p. 509.

و ينتج عن التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي، التزامات فرعية يمكن ذكرها كما يلي :

1/ الالتزامات فرعية :

1.1/ ضرورة حضور المقاول في موقع العمل أو تعيين ممثل له : يكون على المقاول الحضور شخصيا إلى مواقع العمل و ورشات المشروع موضوع الصفقة، أو يعين ممثل عنه للقيام بذلك على أن توافق عليه الإدارة.[84] و هذا ما أكدته المادة 9 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال، حيث يعتبر ممثل المقاول بنظر المصلحة المتعاقدة قائما بنفس الحقوق و الواجبات التي يمارسها المقاول صاحب الصفقة، و في حالة وفاة هذا الممثل أو انسحابه أثناء تنفيذ صفقة الأشغال وجب على المقاول صاحب الصفقة أن يعين في ظرف خمسة عشر يوما من يحل محله.

و المقاول أو ممثله ملزم أيضا بالحضور أثناء مراقبة الأشغال المنجزة من طرف المصلحة المتعاقدة و الجهة المكلفة بالمتابعة التقنية للأشغال المنجزة، و ملزم كذلك بالتوجه إلى مكاتب صاحب المشروع و المشرف عن متابعة المشروع ليرافقهم في تجولاتهم التقنية كلما طلبوا منه ذلك (المادة 10 من دفتر الشروط الإدارية العامة).

2.1/ ضرورة اختيار محل إقامة قريب من موقع المشروع : المقاول ملزم حسب المادة 10 من نفس الدفتر، باختيار محل إقامة له مجاورا لمقر انجاز الأشغال، و يعلم بذلك المصلحة المتعاقدة. و في حالة عدم الامتثال لهذا الالتزام في اجل خمسة عشر يوم ابتداء من تاريخ تبليغه بأمر المصلحة ببدأ الأشغال، تكون جميع التبليغات المتعلقة بمقاولته صحيحة إذا بلغت إلى مكتب البلدية المعين لهذا الغرض في دفتر الشروط الخصوصية التابع للصفقة، و إذا كانت الأشغال المنفذة واقعة في إقليم بلدية واحدة و لم يتم تعيين أية بلدية في دفتر الشروط الخاصة، فتكون التبليغات صحيحة إذا أجريت في مكتب البلدية التي تقع فيها الأشغال موضوع الصفقة. و بذلك يكون المقاول ملزما بإيجاد محل إقامة بجوار موقع الأشغال بعد استلامه للأمر في الشروع بتنفيذ الأشغال موضوع الصفقة العمومية، و إذا لم يقم بذلك، تعتبر التبليغات المتعلقة بمقاولته قانونية إذا أجريت لمكتب البلدية المذكورة أعلاه.

---

[84] - نعيم مغبغب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثالثة، دون دار نشر،2001 ص 173

3.1/ **ضرورة اختيار المعاونين و رؤساء الورش و العمال**

يجب على المقاول اختيار معاونين أو رؤساء ورش و عمال من بين الأشخاص الأكفاء لمساعدته و الحلول محله في تسيير الورشة و القيام بالأشغال اللازمة. و يحق للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المقاول تبديل الأعوان و العمال لعصيانهم أو لعدم أهليتهم أو لعدم أمانتهم حسب ما تضمنته المادة 13 من دفتر الشروط الإدارية العامة. و يبقى المقاول مسئولا عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها المعاونون و العمال من جراء عملهم و استخدامهم للمواد الأولية. فلا يحق له التهرب من مسؤوليته باتهامه لعماله.

و يجب أن يكون عدد العمال الذين يختارهم المقاول كافيا لتنفيذ الأشغال المطلوبة في الآجال المحددة، و لا يمكن أن يتجاوز عدد العمال الأجانب النسبة المحددة في دفتر الشروط الخصوصية. و على المقاول إرسال قائمة بأسماء العمال بصورة دورية إلى المصلحة المتعاقدة طبقا للمادة 16 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

4.1/ **ضرورة الالتزام بالسر المهني :** و يظهر هذا الالتزام في حق المقاول في الحالات التي يكون فيها مشروع البناء يتعلق بإقامة منشآت و هياكل تخص الأمن و الدفاع الوطني، فهذا النوع من المشاريع يحظى بسرية خاصة حرصا على مخططات الدولة العسكرية، فهنا المقاول عندما يكلف بانجاز هذه المنشآت يقع على عاتقه التزام خاص يتمثل في بالحفاظ على السر المهني.

و على المقاول بشكل عام أن يحترم لوائح البوليس و أن يحافظ على النظام في موقع العمل و عليه أن يتخذ جميع الإجراءات و الاحتياطات اللازمة لمنع الإضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد و يكون مسئولا وحده مباشرة عن الأضرار الناشئة بسبب إهماله في ذلك أثناء سير العمل أو لأي سبب آخر.[85]

2/ **أثار التنفيذ الشخصي للصفقة :**

يرتب التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي للأشغال، أثار هامة في حالة وفاة هذا الأخير أو إفلاسه أو انحلال الشركة المقاولة و ذلك على الشكل التالي :

---

[85] - د. عمار عوابدي، القانون الإداري المرجع السابق، ص 217

أ/ حالة موت المقاول: في هذه الحالة يتم الرجوع أولا إلى شروط الصفقة العمومية و إلى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة[86]. فإذا لم يوجد أي بند يتناول هذه الواقعة فيكون للمصلحة المتعاقدة الحق في فسخ الصفقة، و يمكن أن يلتزم ورثة المقاول بالاستمرار في تنفيذ التزامات مورثهم المتوفي إذ لم تفسخ الإدارة الصفقة[87].

و قد نصت المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، على أنه في حالة وفاة المقاول، تفسخ الصفقة بحكم القانون و بدون تعويض باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي يتقدم بها ورثته لتكميل الأشغال.

ب/ انحلال الشركة : في حالة انحلال الشركة المتعاقدة في الصفقات العمومية، لا يمكن فسخ الصفقة إلا بعد إتمام إجراءات الحل نهائيا. ذلك أنه في فترة التصفية تظل الشركة قائمة قانونا و بالتالي يكون عليها الاستمرار في تنفيذ الأشغال، و لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستند إلى مجرد حالة التصفية لإنهاء الصفقة العمومية[88].

ج/ الإفلاس أو التسوية القضائية: في هذه الحالة يتم الرجوع أيضا إلى شروط الصفقة العمومية، فإذا لم تتوقع الصفقة هذه الحالة تطبق القاعدة التي بمقتضاها لا يؤدي الإفلاس أو الإعسار بذاته إلى إنهاء العقد و إنما يكون للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة العمومية إذا رأت أن الصالح العام يقضي بذلك[89]. غير أن المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، رتبت على هذه الحالة جزاء الفسخ بحكم القانون و بدون تعويض. إلا أنها استثنت الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة تنفيذ الصفقة، و ذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال مشغله.

86 - محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة للالتزامات و حقوق المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري(دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه في القانون الاداري، جامعة عين الشمس، مصر ص 211.

87 - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق: .. ذهب الفقيه "جيز" إلى أن موت الملتزم في العقود الادارية المتعلقة بالمرفق العام يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون. و لكن الفقيه " دي لوبادير"، يرى أن القضاء لا يؤيد الاستنتاج الذي قال به الفقيه "جيز" و يستدل على ذلك بأحكام مجلس الدولة الفرنسي، التي جاء فيها أن مهمة المجلس تنحصر في التوفيق على قدر الإمكان بين مقتضيات سير المرافق العامة و بين الحقوق التي يستمدها الورثة من المتوفي .

88 - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق ص 443

89 - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق ص 444

ثانيا / **الاستثناء و هو التعامل الثانوي**

القاعدة المسلم بها أنه لا يمكن للمقاول المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أو تنفيذ جزء منها، و يترتب على مخالفة المقاول لذلك نتائج هامة تتمثل في أنه لا يمكن أن يحتج به في مواجهة الإدارة، فلا يكون بين المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن و بين المصلحة المتعاقدة أي علاقة إذا لم توافق عليه الإدارة مسبقا، و يبقى المقاول الأصلي مسئولا في مواجهة المصلحة المتعاقدة كما لو كان التنازل أو التعاقد من الباطن لم يتم.

و حلول المقاول الجديد محل المقاول المتعاقد قد يكون في الحالتين التاليتين :

1/ **التنازل عن الصفقة:**

التنازل عن الصفقة من طرف المقاول المتعاقد لفائدة شخص آخر نادر جدا. فلم يتم النص عليه في المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية و اكتفى بالإشارة إليه في دفتر الشروط الإدارية العامة الذي منع التنازل الكلي أو الجزئي عن صفقة الأشغال إلا في حالة موافقة المصلحة المتعاقدة. [90] فإذا وافقت الإدارة على التنازل، تنشأ بين المتنازل له و بين الإدارة علاقة تعاقدية مباشرة، و يصبح هذا الأخير مسئول أمام الإدارة. لذلك يجب أن تصدر الموافقة من نفس المصلحة التي يعود لها حق التعاقد. و في حالة سكوت الإدارة عن الموافقة على طلب التنازل لفائدة مقاول جديد فلا يعتبر سكوتها بمثابة موافقة من المصلحة المتعاقدة[91]. و يبقى المقاول الأصلي مسئول عن أي إخلال في الالتزام يتم من طرف المقاول المتنازل له ما لم تنص الصفقة أو دفتر الشروط على غير ذلك، لذلك فإن معظم العقود الإدارية في فرنسا تنص على بقاء المقاول الأصلي ضامنا للمقاول الجديد. و للتنازل صورتين:

الصورة الأولى : **التنازل الجزئي**، و يتمثل في أن يتنازل المقاول عن جزء من الصفقة لشخص ثالث خارج عن الصفقة و ذلك عن طريق حوالة الحق بشرط موافقة الإدارة الصريحة على ذلك، كأن يتناول المقاول عن الأجرة، في حالة لجوءه إلى الرهن الحيازي للصفقة[92] إذا احتاج لأموال من اجل تمويل تنفيذ الأشغال محل الصفقة و تسري عليه قواعد القانون المدني[93]، مع الالتزام بالشروط الخاصة بالصفقات العمومية المذكورة في المادتين 110 و 111 من المرسوم الرئاسي.

---

90 - دفتر الشروط الادارية العامة لسنة 1964 ص 46

91 - د. نعيم مغبغب، المرجع السابق ص 173

92 - بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة شهادة ماجستير ، الدولة و المؤسسات، جامعة يوسف بن خدة- 2008-2009 ص 104.

93 - أ/ فريد خلاطو، المرجع السابق ، ص97

الصورة الثانية : التنازل الكلي، يتحقق التنازل الكلي عندما يتنازل المقاول المتعاقد لفائدة شخص ثالث عن كل الصفقة المتعلقة بالأشغال بما تشتمل عليه من حقوق و التزامات، فيحل المقاول المتنازل له مكان المقاول المتنازل في الصفقة العمومية بشرط إقرار المصلحة المتعاقدة بذلك، حسب نص المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة، و يبقى في جميع الأحوال المقاول الأصلي مسؤولا و ضامنا شخصيا[94] اتجاه الإدارة أو العمال أو الغير[95]. إلا أن هذه الصورة نادرا ما تحدث.

2/ **التعامل الثانوي :**

غالبا ما يلجأ المقاول المتعاقد في صفقات أشغال البناء إلى المقاولة من الباطن (Sous-traitance)، و التي تتمثل في تخصيص جزء من الأشغال المطلوبة منه لفائدة طرف ثالث يطلق عليه اسم المتعامل الثانوي. و يقوم بهذا الإجراء المقاول الأصلي تحت مسؤوليته و بعد موافقة المصلحة المتعاقدة [96]. و يشمل التعامل الثانوي حسب المادة 107 من المرسوم الرئاسي 236/10، جزءا من موضوع الصفقة في إطار التزام تعاقدي يربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة.[97] (المادة 94 من المرسوم السابق).

و إذا كان القانون قد أجاز اللجوء للتعامل الثانوي، فذلك أن المتعامل المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل جزئيات المشروع كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني، فيقوم المقاول الأصلي بالبناء و يلجأ إلى العمل الثانوي في الوسائل المتعلقة بالترصيص و الدهن و النجارة ..الخ، فهنا يفترض أن يلجأ المقاول إلى إبرام عقود ثانوية بغرض التنفيذ الكامل للمشروع على أن يتم التنبؤ بذلك مسبقا في الصفقة صراحة أو في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة و يظل المقاول الأصلي هو المسئول عن تنفيذ أشغال الصفقة كليا اتجاه الإدارة المتعاقدة.

إلا أن اللجوء إلى التعامل الثانوي يكون ضمن شروط نصت عليها المادة 109 من المرسوم الجديد و من قبل المادة 96 من المرسوم القديم و تتمثل فيما يلي :

---

[94] ـ محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة للالتزامات و حقوق المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري، المرجع السابق، ص 166.

[95] ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ص 206

[96] C. Lajoye, op. cit, p.162 :

تم تعريف المقاولة من الباطن في فرنسا في المادة 01 من القانون 1975/12/31 المعدل بالمادة 6 من القانون 2001/12/11 المسمى قانون MURCEF " العملية التي يكلف المقاول بموجبها و تحت مسؤوليته، متعامل من الباطن من أجل إنجاز كل أو جزء من عقد المقاول أو جزء من الصفقة العمومية المبرمة مع صاحب المشروع"

[97] Richer Laurent, op. cit, p. 510

1/ يجب أن يحدد في الصفقة صراحة المجال الرئيسي للجوء إلى التعامل الثانوي أو في دفتر الشروط، فلا يجوز للمتعهد بأداء الأشغال في الصفقة العمومية أن يلقي بموضوع العقد على الغير إلا إذا رخصت له الإدارة المعنية بذلك بموجب نص صريح في الصفقة بأنه يمكنه الاستعانة بالغير في إطار ما يسمى بالتعاون الثانوي[98].

2/ عندما تكون الخدمات الواجب أن ينفذها المتعامل الثانوي منصوص عليها في الصفقة، فانه يمكن لهذا الأخير قبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة[99] على أن تحدد كيفيات تطبيق هذه الحالة في قرار من الوزير المكلف بالمالية لاحقا، غير أن هذا القرار لم يتم صدوره بعد إلى يومنا.

3/ يبقى المتعامل المتعاقد هو المسئول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ الجزء المتعامل فيه من الصفقة بصفة ثانوية. [100] و قد نصت على ذلك المادة 108 من المرسوم و كذا المادة 95 من المرسوم السابق و المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة الذين أكدوا على أن يبقى المقاول الأصلي مسئولا اتجاه كل من العمال و الغير و أيضا الإدارة، و هو نفس ما جاء في كل من القوانين المقارنة.

و أضافت المادة 109 من المرسوم الجديد المتعلق بالصفقات العمومية شرطين مهمين لم يكونا مدرجين في المرسوم السابق و هما :

1/ ينبغي أن يحظى اختيار كل متعامل ثانوي وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقد مقدما، و التأكد من مؤهلاته و مواصفاته المهنية و وسائله البشرية و المادية مطابقة للأعمال التي ستكون محل التعامل الثانوي، الشيء الذي نصت عليه من قبل المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 و التي تؤكد على ضرورة الموافقة الصريحة للمصلحة المتعاقدة على المتعامل الثانوي.

2/ يجب أن يخصم مبلغ الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الخدمات التي يتعين تقديمها في إطار التعامل الثانوي محليا.

و يجب بذلك على المقاول الأصلي توجيه إرسال مضمون الوصول للإدارة بهذا الخصوص مع كامل التفاصيل عن المتعهد الثانوي و شروط التعاقد معه.

---

[98] - د. عمار بوضياف المرجع السابق ص 148

[99] C. Lajoye, op. cit, p.163 ألزمت المادة 112 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي عند اللجوء إلى التعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية بضرورة موافقة الشخص العام صاحب المشروع على كل متعامل ثانوي و قبول تسديد مستحقاته

[100] - د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق ص 80

المطلب الثاني : التزامات المقاول المتعلقة بموضوع الصفقة العمومية :

هذا النوع من الالتزامات يتعلق بموضوع الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء بحد ذاته. فموضوع الصفقة العمومية يتضمن انجاز الأشغال و ضمانها (الفرع الأول) كما يتضمن أيضا احترام أجل الصفقة و إتمامها في الوقت اللازم (الفرع الثاني).

الفرع الأول : من حيث انجاز الأشغال موضوع الصفقة العمومية و ضمانها

أولا / **الالتزام بتنفيذ الأشغال** :

إن أهم التزام يقع على عاتق المقاول في الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء، هو تنفيذ أشغال البناء موضوع الصفقة، و هذه الأشغال ذكرها المشرع على سبيل المثال في المادة 13 من المرسوم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية، حيث تتعلق خاصة بالبناء أو الهدم أو الترميم أو الصيانة، و ذلك حسب المخططات المقدمة من طرف المصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة المشروع. و يكون انجاز هذه الأشغال مع رقابة المصلحة المتعاقدة و تحت إشراف مكتب الدراسات المكلف بمتابعة الأشغال.

و يقوم المقاول بشكل دوري بتحرير محاضر الورشة في حضور مكتب الدراسات و ممثل المصلحة المتعاقدة، أين يثبت فيه نسبة تقدم الأشغال و جميع الملاحظات أو التحفظات المتعلقة بالأشغال المنجزة، و يتم الإمضاء عليه في الورشة من طرف كل من المقاول أو ممثله، مكتب الدراسات أو ممثله و المصلحة المتعاقدة أو ممثلها، و يقع على المقاول في إطار التزاماته التعاقدية في الصفقة، التزام تصحيح أو إصلاح التحفظات الملاحظة في الأشغال المنجزة من طرفه ذلك أن المقاول عند انجازه لأعمال الصفقة العمومية يكون ملتزما بتحقيق نتيجة و ليس بمجرد بذل عناية[101].

و الأشغال التي توكل عادة للمقاول قد تكون في أحد الصور التالية :

[101] - أ. هولو بوظو، مسؤولية المقاول ، مجلة الرائد العربي ، عدد 13 السنة الرابعة 1986 دمشق ص 42.

1- **<u>أشغال البنـاء</u>** : يقوم المقاول بالبناء إذا كلف بانجاز عقار معين كبناء ملعب أو سكنات اجتماعية أو طريق، و يتم انجاز أشغال البناء عبر مراحل تقسم إلى : مرحلة الأشغال الكبرى تحت الأرض و تتمثل في أشغال الحفر و أشغال الأسس، مرحلة الأشغال الكبرى فوق الأرض و تتمثل في هيكل البناء ، ثم مرحلة الأشغال النهائية و تتمثل في أشغال التغليف و التلبيس و الأشغال التكميلية (من دهن، و تبليط.. الخ).

2- **<u>أشغال الهدم</u>** : قد يكلف المقاول قبل البناء بأشغال الهدم الكلي أو الجزئي (مثلا تهديم مساكن هشة أو قصديرية في إطار عمليات الوقاية من البناء الهش و تجديد الأحياء، و كذا عمليات الهدم الجزئي في حالة نزع الملكية للمنفعة العمومية لمرور مسار الطريق العمومي)، و يكون ذلك حسب توجيهات مكتب الدراسات المكلف بمتابعة الأشغال، ذلك لكون أن البناء إذا كان محل هدم كلي فيجب على المقاول اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة من اجل تجنب إلحاق ضرر بالغير. أما إذا كان محل الهدم جزئي فيجب على المقاول إتباع توجيهات المشرف عن متابعة المشروع و كذا المصلحة المتعاقدة بكل دقة، كون أن عمليات الهدم الجزئي قد تؤدي إلى انهيار باقي البناء في حالة ارتكاب خطأ بسيط، فهنا يجب التدخل التقني. و يلتزم المقاول أيضا برفع الأنقاض من الأماكن محل الهدم و نقلها إلى المفرغ العمومي.

3- **<u>أشغال الترميم و الصيانة</u>** : قد يقوم المقاول بالترميم و التصليح أو التعديل في البناء، على حسب إرشادات مكتب الدراسات المكلف بمتابعة المشروع و حسب بنود الصفقة المرفقة بالمخططات المصادق عليها من طرف هيئة مراقبة البناء. و يقوم المقاول بترميم البناء، إذا ما كان بصدد ترميم مباني سكنية قديمة أو أثرية ذات قيمة تاريخية كالأشغال التي تمت تحت رعاية وزارة الثقافة بمناسبة إعادة ترميم مساكن القصبة .

و أشغال البناء موضوع الصفقات العمومية قد تكون أشغال عامة و قد تكون أشغال بناء عادية لفائدة المصلحة المتعاقدة، فقد اختلف الفقه في مسألة أشغال البناء موضوع الصفقات العمومية، فهل جميع هذه الأشغال تعتبر أشغال عامة أم لا؟

إن مفهوم أشغال البناء أو الأشغال العمومية بصفة عامة لم يتم تحديده و لم يرد أي نص قانوني واضح بهذا الخصوص[102]. و بالرجوع إلى القضاء الإداري الفرنسي فقد عرف الأشغال العمومية على أنها: "الأشغال العقارية المنجزة من طرف شخص عمومي لتحقيق مرفق عام" [103].

إلا أن موضوع أشغال البناء ليس دائما أشغال عمومية كما هو معروف، مادام أن الصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال لا تعني دائما صفقات الأشغال العمومية.

فالأشغال العمومية تعد حسب ما استقر عليه الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي (القرار الصادر في 1921/06/10 بلدية موتسيجور و قرار ايفيميار الصادر في 1955/03/22)، الأشغال العقارية المنجزة لهدف الفائدة العمومية و تنفيذها لصالحها الخاص من طرف شخص عمومي أو شخص خاص لفائدة شخص عمومي أو من طرف شخص عمومي لفائدة شخص خاص في حالة ما إذا تصرف الشخص العمومي في إطار مهمة المرفق العمومي[104]، و هناك حالتين يمكن تصورهما يختلط فيهما مفهوم عقود الأشغال العامة مع الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء:

الحالة الأولى، في حالة ما إذا تم إبرام العقد من طرف شخص عمومي غير خاضع لقانون الصفقات العمومية كعقود الأشغال العمومية المبرمة من طرف شخص عمومي لفائدة شخص عمومي آخر (المادة 02 من المرسوم 236/10 المعدل و المتمم الفقرة الأخيرة).

الحالة الثانية، في حالة عقود الأشغال العمومية التي يكون هدفها أشغال عمومية منفذة من طرف شخص عمومي لفائدة شخص خاص.

من جهة أخرى الصفقات العمومية للأشغال ليست دائما عقود أشغال عمومية، حيث أن الأشغال المنفذة في الصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال يمكن أن لا تكون أشغال عمومية إذ أنها لم تنجز للمصلحة العامة، مثال ذلك : الأشغال المنفذة على طريق غابي مخصص لاستغلال غابة (قرار محكمة التنازع الفرنسية المؤرخ في 1973/06/25 بين الهيئة الوطنية للغابات ضد السيد برود)، أو إقامة أشغال لبناء طريق سيارات مخصص لسباق السيارات (قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1977/02/16 بين فريق السيارات نورماند).

---

102 Delaubadere André, Vénézia Jean-Claude, Gaudemet Yves, 1995. *Traité de droit administratif, tome 2, 10ème Edition*. Paris, LG. D. J, p. 431 .

103- د. رشيد خلوفي ، **قانون المسؤولية الإدارية** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، طبعة 2001 ، ص 38 .

104 - حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ و الأسس العامة) ، منشأ المعارف، مصر 1998، ص 404.

من هنا نستنتج أن الفرق الرئيسي بين الصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال و صفقات الأشغال العمومية تتمثل أولا في موضوع الصفقة و أيضا في الهدف من الأشغال المنجزة ما إذا كان لهدف المصلحة العمومية أم لا ؟ مع الاعتراف أن أغلب أشغال البناء التي تتم عن طريق صفقة عمومية هي أشغال عمومية. و تكون بذلك هذه العقود عقود أشغال عمومية و صفقات عمومية للأشغال في نفس الوقت[105]. مع التذكير أن التقسيم المعتمد في الجزائر يحدد الأشغال العامة في الأشغال الموكلة إلى وزارة الأشغال العمومية المتمثلة في أشغال الطرقات، السدود، الموانئ و الري. و أن معيار الأشغال المتعلقة بالصفقات العمومية يتمثل في مصدر تمويلها[106].

ثانيا / **الالتزام بضمان الأشغال المنجزة**

تسعى المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية، و لغرض حماية المنفعة العمومية، إلى إيجاد الضمانات الملائمة و الضرورية في عملية اختيار المقاول المتعاقد معها في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، و كذا أثناء عملية تنفيذ موضوع الصفقة و ذلك بموجب دفتر الشروط المتعلق بالصفقة العمومية و أيضا في بنود الصفقة العمومية نفسها. و تحرص المصلحة المتعاقدة على أن تمتد هذه الضمانات إلى غاية تسليم الأشغال موضوع الصفقة العمومية للمصلحة المتعاقدة خالية من جميع العيوب الظاهرة منها أو الباطنية.

و قد تعددت الضمانات اللازمة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية حسب ما جاء في تنظيمات الصفقات العمومية، فهناك ضمانات ذات صبغة حكومية و ضمانات مالية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمده بنك جزائري عمومي مختص و هناك ضمانات عادية و ضمانات غير عادية.

و تظهر فعالية اشتراط الضمانات في الصفقات العمومية عند اختيار المقاول في المنافسة أو المناقصة المتعلقة بالصفقة العمومية، حيث يحظى بالأسبقية في اختيار المتعاقد سواء كان وطني أو أجنبي من يقدم أوسع الضمانات. و هي تهدف في مجملها إلى حماية المصلحة المتعاقدة من

---

105 C. Lajoye, op. cit, p. 28.

106 - رحال عبد القادر، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعامل معه في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 1990 ص 14.

مخاطر[107] سوء تنفيذ المقاول المتعاقد للأشغال أو من خطر عدم استرجاع الأموال المدفوعة كتسبيقات زيادة عن المبالغ المستحقة للمقاول، أو في حالة عدم تسديد دفعات القرض الذي من الممكن للمقاول أن يأخذه مقابل رهن الصفقة لغرض التمويل لتنفيذ المشروع. [108]

و تختلف الضمانات التي من الممكن أن تقع على المقاول أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، غير أنها ترمي كلها لنفس الهدف و يمكن تقديمها على النحو التالي :

1/ **كفالة حسن التنفيذ**: (la caution de bonne execution) المقاول المتعاقد ملزم بتقديم كفالة حسن التنفيذ في الصفقة العمومية، تطبيقا للمادّة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، و يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المقاول من هذه الكفالة في حالة ما إذا كانت مدة تنفيذ الأشغال لا تتجاوز 3 أشهر أو في حالة ما إذا تم تقدير أن نوعية الأشغال المطلوبة لا تتطلب تقديم ضمانات [109](مثلا أشغال دهن حافة الأرصفة)، أو في حالة الأشغال المنجزة من طرف الحرفيين المنصوص عليهم في المادة 55 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية 236/10 وكذا المؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية.
و يفهم الغرض من هذه الكفالة من خلال تسميتها، فهي كفالة مالية تضمن حسن تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة العمومية من يوم استلام الأمر ببدأ الأشغال إلى غاية تاريخ الاستلام المؤقت للصفقة كونها جاءت خصيصا لتغطية العيوب الظاهرة في البناء.
و تقدر قيمة مبلغ كفالة حسن التنفيذ، حسب ما جاء في المـــادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم حسب نوع الصفقة في حد ذاتها، فإذا كانت الصفقة العمومية المتعلقة بالأشغال تدخل في حدود اختصاص اللجان الوطنية أو اللجان القطاعية لصفقات الأشغال يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين (5%) و(10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

---

[107] Kobtan Mohamed, op. cit, p. 43.
[108] C. Lajoye, op. cit, p. 176.
[109] Maitre Ameur Yahia Mouloud, op. cit, p. 29.

أما فيما يخص الصفقات العمومية التي لا تبلغ حدود اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات، فيحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ فيها بنسبة تتراوح بين(1%) و(5%) من مبلغ الصفقة. كما أنه يمكن في هذه الحالة الأخيرة استبدال هذه الكفالة باقتطاعات تقدر بنسبة (5%) من مبلغ كشف الأشغال المنجزة.

و قد أحيطت كفالة حسن التنفيذ بإجراءات خاصة يستلزم على المقاول المتعاقد احترامها لضمان سير تنفيذ الصفقة العمومية، حيث تحرر كفالة حسن التنفيذ حسب الصيغ التي تعتمدها المصلحة المتعاقدة تنفيذا للقرارات الصادرة عن وزارة المالية و البنك الذي تنتمي إليه. فيلزم على المقاول أن يقدم هذه الكفالة في شكل وثيقة تشهد بحجز بنكي لمبلغ من المال تابع للمقاول المتعاقد، و لا يمكن لهذا الأخير أن يتصرف فيه إلى غاية رفع اليد عنه من طرف المصلحة المتعاقدة. و يرجع للمصلحة المتعاقدة أن تتحقق من هذا الحجز إن كان حقيقيا أم لا، و ذلك بمراسلة البنك المحجوز لديه مبلغ الضمان لإعلامها بصحته و في حالة اكتشاف أي غش أو تزوير يحق للمصلحة المتعاقدة أن تلاحق المقاول قضائيا دون الإخلال بحقها في الفسخ المباشر للصفقة على عاتق المقاول المتعاقد و بخطأ منه.

و يجب أن توضع كفالة حسن التنفيذ قبل استرجاع كفالة التعهد حسب ما تقتضيه المادة 50 من المرسوم 236/10، و قد أجاز التشريع الفرنسي أن يقرر المقاول من تلقاء نفسه تحويل ضمان التعهد في المناقصة بعد اقتنائه للصفقة إلى ضمان حسن التنفيذ دون اشتراط قبول المصلحة المتعاقدة لذلك. [110] كما أدرج طرق أخرى لضمان حسن التنفيذ اقتداء بالنظام الأمريكي و هو تأمين ضمان حسن تنفيذ المشروع لدى شركة تأمين[111].

2/ <u>**كفالة رد التسبيقات**</u> la caution de restitution des avances، وهذا ما يستشف من المادة 75 من المرسوم الرئاسي 236/10 التي نصت على أن لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية[112]. و يجب أن تصدر كفالة المتعهد الأجنبي

---

[110] C. Lajoye, op. cit, p. 177.

[111] - إسماعيل بحري، المرجع السابق ص 99.

[112]- المرسوم التنفيذي 98-67 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية (ج ر رقم 11 المؤرخة في 1998/03/01) المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 06/08 المؤرخ في 2008/01/19 (ج ر رقم 5 المؤرخة في 2008/01/31)

من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى. وتحرر هذه الكفالة حسب الصيغ التي تلائم المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه.

وغالبا ما تكون هذه الكفالة بقيمة معادلة لاسترجاع التسبيقات، يتم إصدارها من طرف بنك جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أو بنك أجنبي يعتمده بنك جزائري[113].

إلا أنه تجدر الإشارة أن تعليق التسبيقات التي تقدم للمقاول بشرط إيداع هذه الكفالة، يؤدي إلى إعاقة هذا الأخير في تنفيذ التزاماته، ما دام أنه قد يسعى إلى الحصول على هذه التسبيقات أصلا لهدف تدعيمه ماليا لتدارك مصاريف الصفقة العمومية الضخمة، فإذا كان المقاول بحد ذاته يملك أموال تعادل التسبيقات المذكورة فما حاجته بهذه التسبيقات ما دام أن مبلغ الكفالة المطلوب تقديمها يعادل مبلغ التسبيق المراد الاستفادة منه. ومنه فسلبيات هذا الشرط تقضي على إيجابيات هذه الكفالة.

3/ **<u>تقديم كفالة الضمان</u>** : هذا الضمان la caution de garantie نصت عليه المادة 98 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 العدل و المتمم، فبعض الصفقات العمومية تتضمن أجال للضمان خاصة منها صفقات الأشغال نظرا لطبيعة الأشغال التي يمكن أن تكون بها عيوب خفية. لا تظهر مباشرة عند إتمام الأشغال و إنما تحتاج إلى فترة معينة لاكتشافها.[114]

فالصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء تتضمن غالبا مدة ضمان تحدد بستة أشهر ابتداء من تاريخ الاستلام المؤقت لأشغال الصيانة و حفر الأسس و الطرف الحجرية و بسنة واحدة للأشغال الأخرى حسب ما جاء في المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

و في هذه الحالة تتحول كفالة حسن التنفيذ حسب المادة 98 المذكورة إلى كفالة الضمان. و تحرر هذه الأخيرة بإصدار وثيقة رفع اليد من طرف المصلحة المتعاقدة للبنك المحجوز لديه هذه الكفالة.

---

113 - إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص98.

114 - أ/ فريد خلاطو، المرجع السابق ص 97

<u>الفرع الثاني</u> : من حيث احترام مدة إنجاز الأشغال

مادام أن الصفقة العمومية المتعلقة بالأشغال لها صلة قوية بالخدمة العمومية و بحسن سير المرفق العام، وجب أن ينفذ المقاول المتعاقد أعمال هذه الصفقة في الآجل المتفق عليها و لا يجوز له تجاوز هذا الأجل[115]، فهو ملزم بالتقيد بالمهلة المحددة في الصفقة تقيدا شديدا، [116] لذلك كان من الضروري التعرف إلى ماهية أجل الصفقة و متى يبدأ حساب سريانه و متى ينتهي هذا الأجل و ما هي حالات توقيفه أو تأجيله.

أولا/ **<u>ماهية أجل الصفقة</u>** :

لابد أن تحتوي أي صفقة عمومية وجوبا على عبارة أو بند حول أجال التنفيذ [117]حسب ما تنص على ذلك المادة 50 من ق ص ع و 62 في التعديل الجديد (المادة 62 : يجب ان تتضمن الصفقة البيانات التالية :6- اجل تنفيذ الصفقة) و المادة 92 من ق ص ع و 105 في التعديل الجديد.

أما إذا حددت الصفقة تاريخا أقصى لإنهاء الأشغال، عوضا عن تحديد أجل الإنجاز بالأيام أو الأشهر ، فإن هذا التاريخ لا تكون له أي قيمة تعاقدية إلا إذا حددت الصفقة في نفس الوقت تاريخا أقصى لبداية الأشغال على أن يكون التاريخ المحدد في الأمر المصلحي ببداية الأشغال سابقا للتاريخ الأقصى لبداية الأشغال.

و يكون أجل الصفقة، حسب مقتضيات المادة 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، محدد بالأيام أو بالأشهر، فإذا حدد بالأيام يبدأ حسابه من اليوم الموالي له و يكون انقضاؤه في نهاية آخر يوم من المدة المنصوص عليها، أما إذا حدد بالأشهر فيجري حسابه من تاريخ نفس اليوم من الشهر إلى نفس تاريخ اليوم من الشهر الموالي له فمثلا إدا بدأ أجل الصفقة في 2013/01/26 يحسب الشهر الأول في 2013/02/26، و إذا لم يوافق تاريخ الشهر لنفس التاريخ يوم من الشهر الموالي فينقضي الأجل عندئذ في نهاية آخر يوم من ذلك الشهر فمثلا إذا كان تاريخ بداية الأجل هو 2013/01/31 و كان الأجل يقدر بشهر واحد فينتهي بذلك الأجل في 2013/02/28. غير أنه إذا كان آخر يوم للأجل هو يوم عيد رسمي أو يوم عطلة فيمدد الآجل لنهاية يوم العمل الأول الذي يليه.

---

[115] - د. عمار بوضياف، المرجع السابق

[116] - د. نعيم مغبغب ، المرجع السابق

[117] - Maitre Ameur Yahia Mouloud, op. cit, p. 29.

ثانيا/ **بدأ أجل التنفيذ** :

المبدأ العام أن نقطة بداية أجل تنفيذ الصفقة تكون موافقة لتاريخ تبليغ الصفقة العمومية للمقاول، مع ضرورة أن تكون الصفقة العمومية جاهزة للتنفيذ أي ممضية و مصادق عليها و مؤشرة من طرف الجهات الإدارية المختصة.

و قد يكون تاريخ بدأ تنفيذ الصفقة محدد في الصفقة العمومية ذاتها إذا نصت على ذلك صراحة أو من تاريخ تسليم مواقع العمل للمقاول خاليا من جميع الموانع التي من شأنها أن تعيق عمل المقاول [118]، أو من تاريخ استلام أوامر الخدمة من طرف المقاول، و يمكن كذلك أن يكون من تاريخ تبليغ الأمر المصلحي المتضمن تأكيد أجال تنفيذ الصفقة كوثيقة تكميلية. هذا ما أكدته المادة 02 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 بنصها على أنه :"*كل اجل يجري تحديده في الصفقة سواء كان للإدارة أو للمقاول يبدأ سريانه في غداة اليوم الذي ابرم فيه العقد أو نص عليه فيه لابتداء سريان ذلك الأجل..*".

و قد تتضمن الصفقة العمومية بند ينص على تنفيذ الأشغال في مراحل على شكل أقساط عمل أو منشآت ففي هذه الحالة يختلف تاريخ بدأ أجالها عن تاريخ بدأ مجل أجل الصفقة[119].

ثالثا/ **التوقيف المطلق للأشغال أو تأجيلها**

قد يتأخر المقاول في البدأ في الأشغال موضوع الصفقة و يرجع ذلك إلى خطأ من طرف المصلحة المتعاقدة كعدم تمكينه من موقع الأشغال أو من مخططات المشروع موضوع الصفقة العمومية، أو إلى القوة القاهرة كسوء الأحوال الجوية، ففي هاتين الحالتين يحق للمقاول طلب تمديد أجل الصفقة هذا ما نصت عليه معظم دفاتر الشروط الإدارية العامة من بينها الدفتر الجزائري في مادته 34 و أيضا الفرنسي في مادته 19-21 و كذا كراس الشروط الإدارية العامة الخاص بالأشغال التونسي في الفصل 19 منه.

فإذا تأخر بدأ الأشغال بقرار من المصلحة المتعاقدة أو حصل تأخير في إنجاز عمليات تمهيدية تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة أو سجل تأخير في إنجاز أشغال سابقة هي موضوع صفقة أخرى سابقة، كان ذلك مبررا لإيقاف سريان الأجل الخاص بإنجاز الصفقة العمومية من طرف

---

[118] - د. عبد الباسط ، المرجع السابق ص 519

[119] C. Lajoye, op. cit, p. 168.

المقاول أو تأجيل تاريخ بدأ المشروع ذاته. كأن تبرم المصلحة المتعاقدة صفقتين عموميتين متتاليتين الأولى خاصة بأشغال البناء و الثانية بالأشغال التكميلية، ففي حالة ما إذا تأخر المقاول الأول في إتمام أشغال البناء في الوقت المحدد لا يتمكن المقاول الثاني من البدأ في الأشغال في الوقت المحدد في الصفقة الخاصة به.

غير أنه في حالة حدوث تقلبات جوية تؤدي إلى إيقاف العمل[120]، فإنه يتم الإعلان عن إيقاف سريان آجال الإنجاز ويبلغ هذا الإيقاف إلى المقاول بأمر مصلحة يحدد مدته بعدد الأيام التي ثبت توقف العمل فعلا خلالها بسبب التقلبات الجوية، طبقا للأحكام المذكورة مع طرح عدد أيام التقلبات الجوية المتوقعة من الأجل المحدد لتنفيذ الصفقة العمومية وكذلك الشأن بالنسبة لحالات القوة القاهرة التي تم النص عليها في الصفقة العمومية ذاتها.

كما أنه يمكن للمقاول طلب تمديد المهلة في حالة وجود ملحق للصفقة العمومية الذي يضيف أشغال جديدة لم تؤخذ بعين الاعتبار عند انعقاد الصفقة العمومية أو ثبوت نقص في مواد البناء بصفة خارجة على إرادة المقاول، أو في حالة تأخير في الحصول على تراخيص التوريد، إلا أنه إذا رفضت الإدارة طلب التمديد يمكن للمقاول اللجوء إلى القاضي الإداري من أجل التدخل لتمديد أجل تنفيذ الصفقة بشرط التأكد من أن المقاول المتعاقد قد أتخذ كل الاحتياطات اللازمة في الوقت المحدد للشروع في الأشغال موضوع الصفقة العمومية.

أما إذا تأخرت المصلحة المعاقدة في تسليم مواقع العمل مثلا و لم يتحفظ المقاول عن ذلك، أعتبر كأنه تنازل عن حقه في طلب تمديد المهلة، لكن إذا أرجأت الإدارة تسليم مواقع الأشغال لمدة طويلة يحق للمقاول طلب فسخ الصفقة على مسؤولية الإدارة عن طريق القضاء.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الأجل المحدد في الصفقة العمومية هو أجل تعاقدي فلا يجوز تمديده، [121] إلا بموجب ملحق رسمي يعرض على لجنة الصفقات العمومية المختصة مرفقاً بتقرير عن سبب التمديد. مما يبين بأن أي تمديد لا يقدم في شكل رسمي لا يمكن أخذه بعين الإعتبار و يبقى المقاول ملتزم بالأجل الأول المذكور في الصفقة العمومية.

و في حالة ما إذا قررت الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدأ التنفيذ أو بعده لأسباب خارجة عن الحالات المذكورة، يحق للمقاول طلب فسخ صفقته بموجب

---

[120] C Lajoye, op. cit, p. 168.

[121] - قريشي أنيسة سعاد، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، المرجع لسابق، ص 105.

طلب كتابيا مع حقه في طلب تعويض و يكون ذلك في اجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تبليغه بأمر المصلحة الرامي لتوقيف الأشغال.
و نفس الأمر بالنسبة لحالة تأجيل المصلحة المتعاقدة لبدأ أجل الصفقة بصفة متتابعة بمدة تتجاوز مجموعها سنة واحدة ، حتى و لو استأنفت الأشغال لفترات قصيرة خلال هذه المدة.

رابعا/ **نهاية الأجل**

ينتهي أجل الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء عند انتهاء المقاول من تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة كليا، و يدخل ضمن أجل تنفيذ الصفقة العمومية إجراءات غلق الورشة و رفع الآلات و العتاد منها و جعلها مهيأة لتسليم الأشغال، هذا ما أكدته المادة 23 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي توقع على المقاول التزام ثانوي يتمثل في ضرورة رفع جميع العتاد و الآلات و الأدوات و تنظيف الأمكنة و جعلها قابلة للاستلام ضمن الآجال المحددة بدفتر الشروط المشتركة و بدفتر الشروط الخصوصية و بأوامر المصلحة، و ذلك تحت طائلة نقلها تلقائيا من طرف المصلحة المتعاقدة بعد انقضاء أجل 30 يوم على الإنذار الذي توجهه للمقاول. (انظر المادة 23 من دفتر الشروط الإدارية العامة 3/ أن الإجراءات المشار إليها بالمقطع 2 من هذه المادة يجرى تطبيقها دون الإخلال بالعقوبات الخاصة التي قد ينص عليها ضد المقاول في دفتر الشروط الخصوصية. 4/ في حالة وقوع البيع بالمزاد يودع ناتجة باسم المقاول لدى صندوق الودائع و الأمانات بعد حسم النفقات المدفوعة و المصاريف المشار إليها بالفقرة 3 من هذه المادة إذا نص عليها.)
و قد ذهبت المادة 19-11 من دفتر الشروط العامة و الإدارية الفرنسي [122] الساري المفعول إلى أبعد من ذلك، حيث نصت على أن اجل تنفيذ الأشغال المحدد في الصفقة يطبق إلى غاية نهاية كل الأشغال المتوقعة و المسندة للمقاول بما فيها أجل فتح الورشة و غلقها و إعادة الأراضي و الأماكن إلى حالتها الأصلية...إلخ.
و نفس الشيء بالنسبة لكراس الشروط الإدارية التونسي، الذي اعتبر أنه يدخل ضمن أجل إنجاز الأشغال المحدد في الصفقة مدة إنجاز كافة الأشغال المنصوص عليها في الصفقة إضافة إلى فترة الإعداد لفتح الورشة و فترة سحب تجهيزات الحضيرة وإعادة المكان إلى حالتها الأولى.

[122] DR Ameur Yahia Mouloud, op. cit. p. 35.

الفصل الثاني:

السلطات المقررة للإدارة لضمان تنفيذ المقاول لالتزاماته المحددة في الصفقة

سلطات الإدارة بشكل عام تعتبر من أهم موضوعات القانون الإداري على الإطلاق، و من أكثر الموضوعات إثارة للنقاش و الجدل بين الفقهاء، المشرعين و القضاة.

و يرجع ذلك إلى أن المشرع حينما يقوم بتحديد إحدى سلطات أو اختصاصات الإدارة العامة يكون مخيرا بين طريقين : إما أن يقوم بفرض ذلك الاختصاص بصفة آمرة و بطريقة محددة و ملزمة، راسما للإدارة الطريق الذي تسلكه في ممارسته، و محددا لها الشروط التي تتقيد بها و الإجراءات التي تتبعها بشأن ذلك الاختصاص، دون أن يترك لها أية حرية في اختيار الطريق أو في تحديد الشروط، بحيث لا يكون على الإدارة عندما تتحقق أسباب القرار المنصوص عليها صراحة في القانون سوى أن تبادر بإصدار القرار اللازم واتخاذ الإجراءات المقررة لتنفيذه دون أي خيار، و هو ما يسمى بالاختصاص المقيد للإدارة. و إما أن يقوم المشرع بتحديد ذلك الاختصاص بشكل تقديري بحت، بمعنى أن يترك للإدارة العامة سلطة تقديرية في تحديد وقت ممارسة ذلك الاختصاص، و متى تمتنع عن ممارسته، و الطريقة التي تمارس بها، و الشروط و الإجراءات التي تتبعها بشأنه، و ذلك حسب تقديرها لظروف كل حالة على حدا، دون أن يفرض عليها ذلك بصفة آمرة، و ذلك ما يسمى بالسلطة التقديرية للإدارة.

من هنا تبرز مشكلة الاختيار بين الطريقين بالنسبة لكل اختصاص يمنح للإدارة العامة، و إذا كان كل من الفقه و القضاء و التشريع، قد استقر على أن السلطة التقديرية هي أمر لازم للإدارة العامة في عصرنا الحاضر كضرورة لا غنى عنها لتحقيق الإدارة الحسنة، و لكي تتمكن من أداء مسؤولياتها الكبيرة و ممارسة وظائفها المتشعبة، فقد استقر أيضا على أن تجاوز الإدارة حدود سلطتها التقديرية هو أمر خطير يؤدي إلى عواقب و خيمة تضر بالمصلحة العامة، و بحسن سير المرفق العام و بحقوق الأفراد و حرياتهم المكرسة قانونا.

و يتضح من ذلك أن السلطة التقديرية للإدارة تقابلها فكرة السلطة المقيدة، إذ توجد سلطة تقديرية عندما تواجه الإدارة حالات واقعية معينة و تكون إزاءها حرة في اتخاذ القرار الذي تراه مناسبا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وفقا لما عرفه الفقيه ميشو. [123]

---

[123]- في هذا المعني يقول الأستاذ ميشو :" توجد سلطة تقديرية عندما تواجه الإدارة حالات واقعية معينة و تكون إزاءها حرة في اتخاذ القرار الذي تراه مناسبا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"

« Il y a pouvoir discrétionnaire, toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à la tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit »

فالمصالح الإدارية تقوم بمباشرة نشاطها وفقا للقانون، و يكون لها في حدوده سلطة تقديرية، و ذلك سواء كان من جهة تدخلها أو امتناعها، باعتبار أن هذه الأخيرة تمثل القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية على أكمل وجه و هذا ما أكده الفقيه دي لوبادير.[124]

و على ذلك فهي لا تتمتع بهذه الحرية إلا لأن القانون قد خولها سلطة في تقدير مناسبة التصرف، فإذا تجاوزت هذا الحد تكون قد خرجت عن نطاق القانون، و بالتالي عن نطاق المشروعية.

و السلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة، إذ أن المشروعية تثقل كاهل الإدارة، و لا يجب الإفراط فيها الشيء الذي أكده الفقيه فالين.[125]

و بحكم أن الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء تعتبر من بين العقود الإدارية التي تتميز بطابع عدم التكافؤ بين طرفي العقد عكس العقود المدنية التي يطغى عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطات في الصفقة العمومية اتجاه المقاول المتعاقد، هذه السلطات تم تقريرها للمصلحة المتعاقدة بصفة تقديرية لضمان تنفيذ المقاول لالتزاماته المحددة في الصفقة العمومية حفاظا على الأموال العمومية المستثمرة في المشروع موضوع الصفقة العمومية.

و تتمثل هذه السلطات التقديرية في رقابة الإدارة على عملية تنفيذ الصفقة من طرف المقاول المتعاقد (المبحث الأول) و كذا توقيع جراءات على المقاول في حالة اكتشافها لأي تجاوزات تمت من طرفه يخرق بها التزاماته المحددة في الصفقة العمومية(المبحث الثاني).

---

[124]- وفي هذا المعنى يقول دي لوبادير : *" القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية على أكمل وجه"*
« C'est le pouvoir discrétionnaire, c'est à dire la marge de liberté que les sources de la légalité peuvent laisser à l'administrateur dans son activité »,
voir De laubadère André, Gaudemet Yves, 1999. Traité droit administratif, tome 1, 16è édition. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 578.

[125]- وفي هذا المعنى يقول الفقيه فالين : *" المشروعية تثقل كاهل الإدارة، و لا يجب الإفراط فيها"*
« Mais c'est dans cette mesure seulement que l'autorité administrative agit discrétionnairement; la loi lui a laissé une certaine marge de pouvoir discrétionnaire, mais s'il dépasse cette marge il ne respecte pas la loi et son acte, dans cette mesure, est soumis au contrôle juridique ».
محسن الجواد حسين، "بين سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد" مجلة مجلس الدولة، السنة04،القاهرة، يناير 1953، ص 204.

المبحث الأول: سلطة الإدارة التقديرية في الرقابة و الإشراف على تنفيذ المقاول لالتزاماته

باعتبار أن الصفقات العمومية هي عقود ملزمة لجانبين تتميز بطبيعة خاصة نظرا لتعلقها بالمال العام، فإن المصلحة المتعاقدة تتصرف كسلطة صاحبة امتياز تظهر فيها الادارة بمظاهر السلطة المميزة لعقود القانون العام. هذه السلطة تتيح للجهة الإدارية المتعاقدة مراقبة تنفيذ شروط الصفقة و توجيه أعمال التنفيذ و اختيار طريقته و ذلك عن طريق إصدار أوامر مصلحية ملزمة للمقاول المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته على نحو معين[126]. إلا أن التشريع قيد هذه السلطة نظرا لطبيعة أشغال البناء، إذ لابد أن تلجأ الإدارة إلى جهات خبيرة في ميدان البناء من أجل ممارسة رقابتها، و هذا ما سنتناوله في (المطلب الأول) ثم أن المصلحة المتعاقدة تستعمل وسائل لإجراء الرقابة و ذلك أثناء تنفيذ المقاول لإلتزاماته بإصدار أوامر الخدمة و تمتد إلى غاية إنهاء للأشغال الموكلة له عند استلامها بصفقة مؤقتة ثم بصفة نهائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : رقابة الإدارة على تنفيذ المقاول لالتزاماته

تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتياز خاص بها عن باقي المتعاقدين في العقود المدنية و هو سلطة الإشراف و الرقابة على الطرف المتعاقد معها. حيث أنه في العقود العادية لا يتمتع المتعاقد بهذا الامتياز إلا إذا تم ذكره في العقد بحد ذاته استنادا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين . بينما هذا الامتياز ممنوح للمصلحة المتعاقدة تفريعا عن الامتياز الأصلي للسلطة العامة المتمثل في سلطة الضبط و البوليس و حفظ النظام العام.

و من أجل التعرف على هذه السلطة المكرسة للمصلحة المتعاقدة لضمان تنفيذ الإلتزامات الملقاة على المقاول بموجب الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء، وجب التطرق أولا إلى تعريفها و توضيح أساسها القانوني و كذا حدودها و ذلك ضمن ماهية سلطة الرقابة و الإشراف (الفرع الأول) ثم التطرق إلى بعض المتدخلين في الرقابة الذين تستعين بهم المصلحة المتعاقدة لتنفيذ مهامها نظرا لخبرتهم التقنية (الفرع الثاني)

---

[126] - د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري ، المرجع السابق، ص 251

الفرع الأول : ماهية سلطة الرقابة و الإشراف

تمارس المصلحة المتعاقدة في إطار تنفيذ الصفقة العمومية، سلطة الرقابة و الإشراف على الطرف المتعاقد معها، و ذلك لغرض التأكد و التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ التزاماته التعاقدية وفقا للشروط المحددة في الصفقة العمومية[127]. إذ لا يمكن ترك المتعاقد في إطار الصفقات العمومية حر في تنفيذ العقد بأي طريقة أو وسيلة كانت، و إنما تتمتع الإدارة بسلطة الإشراف و المراقبة على عملية التنفيذ.[128]

و الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء لا تخلو من هذه السلطة المكرسة لفائدة المصلحة المتعاقدة اتجاه المقاول المتعاقد معها، إذ تظهر هذه السلطة بشكل بارز و في أقصى مداها [129] نظرا لطبيعة الأشغال موضوع الصفقة العمومية التي تتسم بشروط تقنية و فنية محضة و يستغرق انجازها فترة زمنية معتبرة[130]. فخلال هذه الفترة تقوم جهة الإدارة بمتابعة تنفيذ الأشغال من طرف المقاول الملتزم معها في الصفقة العمومية، و تتأكد في ذلك من سير وتيرة الأشغال حسب الجدول الزمني المعد لذلك و يكون هذا بمراقبة تموين ورشات المشروع بالمواد و العتاد اللازم و كذا باليد العاملة الكافية و المؤهلة لذلك، و تتأكد الإدارة أيضا من مطابقة الأشغال المنجزة لمخططات المشروع و كذا لمعايير البناء التقنية منها و الفنية و من جودة الأشغال و ذلك بإجراء الخبرات التجريبية الضرورية وقت صب الخرسانة مثلا. فالصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء تحظى برقابة و إشراف خاص من طرف الجهة الإدارية كونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة تتطلب إجراءات خاصة لغرض حماية المال العمومي من الإسراف أو التبديد و يكون ذلك بصفة مستمرة و متواصلة تفاديا لأي خروج عن ما تم التعاقد بشأنه من جانب المقاول.[131]

و تجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف.[132] و تكرس أغلب الصفقات العمومية هذه السلطة في بنودها التعاقدية، إلا أن تجدر الإشارة أن هذه السلطة ثابتة للإدارة حتى و لو لم تنص عليها الصفقة العمومية في حد ذاتها

[127] - د. عمار عوابدي، المرجع السابق ص 217-220

[128] - د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق ص 71

[129] - د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق ص 251

[130] - د. عمار بوضياف، المرجع السابق ص 121

[131] - د. عمار بوضياف، نفس المرجع السابق ص 121

[132]- د. ناصر لباد، المرجع السابق، ص 293-300

حيث تمارس الإدارة سلطة الإدارة و توجيه تعليمات للمقاول المتعاقد معها حتى في حالة عدم وجود بند صريح في الصفقة ينص على هذه السلطة. و هنا يبرز الفرق بين العقود المدنية و الإدارية، فالعقود المدنية لا تخول سلطة للمتعاقد في الرقابة على الطرف الأخر إلا إذا تم النص عليها صراحة في العقد أو قررها القانون، بينما العقد الإداري يخول للإدارة سلطة الإشراف و التوجيه حتى و لو لم ينص على ذلك في العقد و هذا بهدف ضمان تلبية الحاجات العامة و حسن أداء الخدمة العامة و ضمان حسن سير المرفق العام.[133]

و هذه السلطة المخولة للإدارة من النظام العام إذ لا يمكن الاتفاق على مخالفتها[134]، لأنها قررت لهدف حماية المصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها[135]، فهي ليست امتياز ممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة بل قررت سلطة الإشراف و الرقابة لحماية المال العام و ضمان حسن سير المرفق العام، و غالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفاتر الشروط العامة و الخاصة حقها في إصدار التعليمات. [136]

و يقصد بسلطة الإشراف (pouvoir de surveillance) تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه في الصفقة العمومية و غالبا ما تتم هذه الرقابة في صورة أعمال مادية كمعاينة الورشة أو أعمال قانونية كإصدار أوامر مصلحية أو إعذارات. [137]

أما سلطة التوجيه (pouvoir de direction) فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد و توجيه أعمال التنفيذ و اختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط و ضمن الكيفيات المتفق عليها في الصفقة العمومية.[138] تتم هذه الرقابة في صورة أعمال قانونية فقط كإصدار تعليمات بإتباع طريقة بناء معينة أو الإمتناع عن إستعمال مواد معينة[139].

[133] - د. عمار بوضياف المرجع السابق ص 121
[134] - د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 251
[135] - د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 70
[136] - د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 121
[137] - د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، مجموعة رسائل الدكتوراه، مكتبة كلية الحقوق بن عكنون، دون تحديد السنة ص 287.
[138] - د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر المرجع السابق، ص 121
[139] - د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، المرجع السابق، ص 288.

و يخضع المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء إلى رقابة الإدارة و توجيهاتها منذ بداية تنفيذ الصفقة إلى غاية نهايتها، فالمصلحة المتعاقدة هي التي لها صلاحية الأمر ببدأ الأشغال.[140] و تتولى تحديد مراحل سير الأشغال و مواعيد التسلم و لها صلاحية اتخاذ القرار في حالة ما إذا طرأت ظروف خاصة لم تكن متوقعة عند انعقاد الصفقة العمومية، و لها الحق أيضا في أن تأمر بوقف الأشغال مؤقتا مراعاة للصالح العام، دون أن تتجاوز الحدود المعقولة التي قد تضر بالمقاول الذي يبقى له الحق في طلب فسخ الصفقة مع الحصول على التعويضات اللازمة.[141] و قد تمتد رقابة الإدارة على المقاول أثناء تنفيذه للصفقة إلى العمال و المهندسين الذي يستخدمهم في الانجاز، فقد تتضمن الصفقة العمومية أو دفاتر الشروط التابعة لها نصوصا تحدد فيه كفاءة العمال و مستواهم و حتى جنسياتهم إذا تطلب الأمر ذلك، و يحق للمصلحة المتعاقدة إجراء دوريات و رقابة في الورشة أثناء الإنجاز للتحقق من مطابقة المقاول لهذه الشروط من عدمه.[142]

فسلطة الإشراف و التوجيه على تنفيذ المقاول لالتزاماته التعاقدية، تتم من طرف الإدارة بواسطة إجراء دوريات على الورشة التي يتم فيها المشروع موضوع الصفقة العمومية و تكون الإدارة مرفقة بمكتب الدراسات المكلف بمتابعة المشروع و يتم في الورشة تحرير محضر ورشة يحتوي على جميع الملاحظات المسجلة وقت التنفيذ، و يبين الأشغال المنجزة من طرف المقاول و وتيرة انجازه، و يتضمن التوصيات المقدمة من طرف الإدارة للمقاول، و يتم المصادقة عليه من طرف كل الأطراف الحاضرين وقت المعاينة و تقوم المصلحة المتعاقدة بإصدار الأوامر المصلحية لتوجيه المقاول و إلزامه على تنفيذ العقد حسب الطريقة التي تراها مناسبة.[143]

و بهدف إجراء التوازن بين ممارسة الإدارة لسلطتها و ضمان حقوق المتعاقد معها يجوز للمقاول الطعن في الأوامر المصلحية أو التعليمات الصادرة عن الإدارة، باعتبارها قرارات إدارية منفصلة، سواء عن طريق دعوى الإلغاء أو دعوى التعويض عن الأعباء المالية الناتجة

[140] - د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 217-220
[141] - د. عمار عوابدي، نفس المرجع السابق ص 217-220
[142] - د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 217-220
[143] - د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 71

عن تنفيذ هذه التعليمات، متى تبين له تعسف الإدارة و تجاوز سلطتها اتجاهه[144]. و هو ما يؤكد أن سلطة الإشراف و الرقابة و التوجيه ليست مطلقة لان إطلاقها يؤدي إلى تعسف جهة الإدارة و مبالغتها في إصدار التعليمات و الأوامر بما قد يضر بالمتعاقد معها خاصة من الناحية المالية لكون أن هذه السلطة حتى و ان كانت تقديرية إلا أنها مقيدة بتحقيق حماية الأموال العمومية و عدم تعديل موضوع العقد ذاته و مواصفات تنفيذه.[145]

و تأخذ رقابة الإدارة على المقاول إحدى الصورتين، إما أن تكون رقابة إدارية داخلية تتمثل في توجيه و إرشاد المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو تكون رقابة خارجية فنية أين تستعين الإدارة بفنيين مختصين ليسو أطراف في الصفقة العمومية[146].

و تشبه صورة الرقابة الداخلية على المقاول المتعاقد مع الإدارة سلطة الرقابة الرئاسية، و ذلك عندما تتأكد الإدارة أن المقاول لا ينفذ التزاماته على الوجه المطلوب.[147] و على هذا فالصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء بطبيعتها تفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ، فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل و المشرف العام عليه، و ينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة.[148]

أما الرقابة الخارجية فلها طابع فني تستعين فيها الإدارة بمتدخلين خارجين عن الصفقة العمومية و المبينين في الفرع الثاني من هذا المطلب.

[144] - د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية، المرجع السابق : .. ذهبت المحكمة العليا في مصر في قرار لها صادر بتاريخ 1978/02/16 إلى القول :" و إن كانت المادتان 11 و 12 من عقد حفر الآبار المبرم بين جهة الإدارة و المقاول تخولان الإدارة إصدار الأوامر و التعليمات، إلا أنه يشترط لذلك أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل على الوجه الصحيح فإن تبين أن هذه التعليمات تتضمن أمورا لا تتفق مع أصول الفن كان من حق المقاول أن يعترض على هذه التعليمات و أن يبين أنها تخالف أصول الفن ..."

[145] - د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق ص 251

[146] - د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 217-220

[147] - د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 217-220

[148] - د. عمار بوضياف، نفس المرجع ، ص 121

الفرع الثاني : المتدخلين في الرقابة على تنفيذ المقاول لالتزاماته

تستعين الإدارة عند ممارستها لسلطتها في الرقابة و الإشراف على الأشغال المنجزة من طرف المقاول في إطار الصفقات العمومية، بجهات خارجة عن أطراف الصفقة العمومية، هذه الجهات تقوم الإدارة بالتعاقد معها من اجل متابعة المشروع موضوع الصفقة العمومية نظرا لضخامته و امتيازه بشروط تقنية قد لا يتمتع بها أعوان و موظفي المصلحة المتعاقدة. هذه الجهات يمكن عرضها على سبيل المثال و هي مكاتب الدراسات المكلفة بمتابعة المشروع و كذا الهيئة الوطنية للرقابة على البناء و الذي سوف نتعرض لهم فيما يلي :

أولا / **الجهة المكلفة بمتابعة المشروع** :

هذه الجهة قد تكون شخص طبيعي أو معنوي يكلف بحكم مؤهلاته التقنية من طرف صاحب المشروع بقيادة الأشغال و مراقبة تنفيذها و اقتراح استلامها و تسوية ثمنها[149]، وعندما يكون صاحب التصميم شخصا معنويا يعين شخصا طبيعيا لتمثيله و التصرف لحساب صاحب المشروع، و يطلق على هذا الأخير في أغلب التشريعات المقارنة تسمية المهندس الاستشاري و الأصح لغة أن يطلق عليه تسمية المشرف لأنه يقدم المشورة.[150]

و قد عرفت المادة 2 من القرار الوزاري المشترك الصادر في 1988/05/15 الاستشارة الفنية على أنها وظيفة شاملة لمهام التصميم، و الدراسات، و المساعدة، و المتابعة، و المراقبة، و انجاز المباني مهما تكن طبيعتها و وجهتها، و بينت المادة 5 منه مهام الاستشارة الفنية من بينها متابعة الأشغال و مراقبة تنفيذها و عرض اقتراحات التسديد..الخ.

و يتعاقد هذا الشخص مع الإدارة بموجب عقد دراسة من أجل انجاز مهمته حيث يخضع لقانون الصفقات العمومية إذا تجاوزت قيمة العقد مبلغ 4.000.000 دج[151]. و تعقد صفقة الدراسات حسب المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل و المتمم بمناسبة صفقة عمومية

---

149 - المادة 3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتعلق بكيفيات ممارسة و تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك، ج ر عدد 43، مؤرخة في 1988/11/26.

150 - محمود النفوري، التزامات مقاول البناء و مسؤوليته عن تصدع البناء ، المرجع السابق، ص 319

151 - المادة 06 من المرسوم الرئاسي 236/10

متعلقة بالأشغال و يكون غرضها إنجاز مهمات المراقبة التقنية و الجيولوجية و الإشراف على الأشغال و المساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع.

إلا أن مهمة متابعة المشروع مقيدة بشرطين أساسيين و هما :

- عدم الجمع بين مهمة الإشراف و بين ممارسة أي نشاط يتعلق بتنفيذ مشروع معين في نفس الوقت.

- الحصول على الاعتماد اللازم و الكفاءة المهنية و التقنية الضرورية لهذا الغرض .

و يقوم مكتب الدراسات بمرافقة صاحب المشروع أثناء دورياته في ورشات الإنجاز و يقوم بإقتراح أي تعديل ضروري في الصفقة و تحديد جميع العيوب المسجلة على الأشغال المنجزة من طرف المقاول، و يقوم أيضا بمراقبة جداول الأشغال المنجزة المقدمة من طرف المقاول و مقارنتها مع كميات الأشغال المحددة في الصفقة ثم المصادقة عليها أو إبداء التحفظات حولها، و يبقى تسديد وضعيات الأشغال المقدمة من طرف المقاول للمصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع مرهون بتأشيرة مكتب الدراسات المكلف بمتابعة المشروع.

و تجدر الإشارة إلى أن هذا الأخير المكلف بمتابعة أشغال الصفقة يتحمل المسؤوليات، حيث يمكن أن يتابع قضائيا في حالة عدم كفاية الدراسات التي قام بها و التي أدت إلى ظهور عيوب في المشروع المنجز، و بهذه الصفة فإنه يكون مسئولا متضامنا مع المقاول خلال 10 سنوات[152]. بعد الإستلام النهائي عن كل تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت[153] ، وفقا لأحكام الضمان العشري المنصوص عليه في المادة 554 من القانون المدني الجزائري.

---

152 - أ/ ابراهيم يوسف – المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و المقاول - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية– الجزء - 33 .العدد 3 لسنة - 1995 صفحة678

153- قريشي أنيسة سعاد ، المرجع السابق ، ص 48 .

ثانيا / **الهيئة الوطنية لمراقبة البناء CTC** :

عرفت مهمة المراقب التقني لأول مرة في القانون الفرنسي تحت تسمية المراقب الفني وهي مهمة حديثة النشأة في القانون المقارن، إذ يعود تاريخها إلى عام1929 إثر تسجيل بعض الإنهيارات التي حدثت آنذاك في بعض المباني[154]،و تم تنظيم هذه المهنة في فرنسا بموجب قانون 4 جانفي 1978 الذي نظم هدف الرقابة الفنية و من له سلطة طلب تدخلها و مجال عملها، كما نظم مسؤولية المراقب الفني و بين مدى التناقض بين مهنة الرقابة الفنية و باقي المهن الممارسة في مجال التشييد سواء في مجال التصميم أو التنفيذ أو الخبرة . أما في الجزائر فقد صدر المرسوم 205/86 المتعلق بإنشاء هيئة رقابة البناء للبلاد [155].

هذه الهيئة تقوم بتقديم خدماتها للمصلحة الإدارية المتعاقدة مقابل مبلغ مالي بناء على طلبها من أجل إجراء الخبرة التقنية للأشغال المنجزة من طرف المقاول المتعاقد في الصفقة العمومية. و تتقاضى هذه الهيئة مقابل مالي باعتبارها مؤسسة عمومية اقتصادية تجارية ذات أسهم SPA تحت وصاية وزير التهيئة العمرانية و التعمير تخضع للقانون التجاري.

و تتدخل هذه الهيئة التقنية في جميع مراحل البناء، حيث تتحقق أولا من الدراسة التقنية للمشروع و تقوم بالاطلاع على تصاميمه للتحقق من مدى مطابقته لقواعد التهيئة و التعمير، ثم تقوم بزيارات ميدانية لورشات المشروع عن طريق أحد موظفيها لتتحقق من طبيعة الأرض المنجز فوقها المشروع، ثم من عمق الأسس المحفورة و من مدى متانة الخرسانة المسلحة المستعملة من طرف المقاول عن طريق إجراء خبرات تقنية تتمثل في اخذ عينات و إجراء عملية السحق لاكتشاف مدى مقاومتها، ثم تتابع انجاز المشروع عن كثب و تقوم بتحرير تقارير خبرة في هذا الصدد تسلمه للإدارة المتعاقدة لتتخذ الإجراءات اللازمة ضد المقاول في حالة اكتشافها لمخالفته لأحد المعايير في جودة البناء.

ولهذه الهيئة دور وقائي و علاجي في نفس الوقت ، فالدور الوقائي يتمثل في تدخلها خلال مراحل البناء المختلفة، أما دورها العلاجي فيتمثل في التحقق من أعمال تم تنفيذها و تقديم التوصيات بخصوصه[156].

---

[154] - د. عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء، دار الفكر العربي – الطبعة الأولى لسنة 1987

[155] - المرسوم رقم 205/86 الصادر في 1986/08/19 ،الجريدة الرسمية لسنة- 1986 العدد 1 - 34 .

[156] - حماني ساجي، الرقابة التقنية في البناء، مذكرة نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون ، سنة 2008

المطلب الثاني : وسائل ممارسة سلطة الرقابة من طرف المصلحة المتعاقدة

تستعمل المصلحة المتعاقدة عند قيامها بممارسة سلطتها في الرقابة و الإشراف و توجيه المقاول في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء إلى غاية نهايتها، وسائل قانونية و مادية، حيث يمكن تقسيم هذه الوسائل إلى وسائل مستعملة أثناء تنفيذ المقاول لالتزاماته المحددة في الصفقة العمومية و المتمثلة خاصة في الأوامر المصلحية و محاضر الورشة(الفرع الأول) و أيضا وسائل مادية تستعمل لرقابة إتمام و نهاية التزامات المقاول في الصفقة العمومية و المتمثلة في محضر التسليم المؤقت و محضر التسليم النهائي (الفرع الثاني)

الفرع الأول : الوسائل المستعملة أثناء تنفيذ المقاول لإلتزاماته :

تستعمل المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطة الإشراف و الرقابة وسائل مادية و أخرى قانونية، أما الوسائل المادية فتتمثل في محاضر الورشة التي تحرر أثناء المعاينة الميدانية لورشات المشروع حيث تسجل فيها تقدم الأشغال و حالتها و التحفظات إن وجدت و تتم بحضور المقاول و مكتب الدراسات المكلف بمتابعة الأشغال و التي لا تتطلب غالبا شكل معين أو إجراءات خاصة، أما الوسائل القانونية فتتمثل في الأوامر المصلحية و التي سوف نتطرق إليها كما يلي :

الأوامر المصلحية هي الأوامر التي تصدرها المصلحة المتعاقدة إلى المقاول المتعاقد بقصد تنفيذ الصفقة أو تكملة الناقص منها أو التعديل فيها، و تصدر الأوامر المصلحية عادة من بعض الفنيين في الإدارة لاسيما المهندسين المكلفين بالإشراف على تنفيذ صفقة الأشغال العامة.
و الأمر المصلحي هو قرار إداري[157]، يترتب على صدوره ما يلي :

1 – أنه ملزم للمقاول الذي يصدر إليه هذا الأمر كونه أمر تنفيذي، حيث يتعين على المقاول احترامه و تنفيذ ما جاء به. فإذا أراد المقاول الاعتراض عليه يجب أن يسلك طريق التظلم الإداري أو اللجوء للقضاء، فإذا لم يفعل في الآجال المسموحة بذلك كان الأمر ملزما له.

2 – التزام المقاول بتنفيذ الأمر المصلحي يقابله حقه في المطالبة بالأجر كما أنه لا ينشأ مسؤولية المقاول عن التنفيذ كون أن هذه المسؤولية مكرسة في الصفقة العمومية بحد ذاتها.

[157] - د. سليمان محمد الطماوي المرجع السابق، ص 375.

و القاعدة العامة للأمر المصلحي أن يصدر في صورة كتابية، و يترتب على ذلك أن المقاول غير ملزم بتنفيذ الأوامر الشفهية التي تصدر إليه من طرف المصلحة المتعاقدة، و من ناحية أخرى فانه لا يستطيع أن يستند في طلب الأجر عن العمل الذي أنجزه إلا بوجود الأوامر الكتابية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة.

و لكن يمكن أن تنص الصفقة العمومية على إمكانية التحرر من هذه الشكلية، و ذلك بإجازة الأمر الشفهي صراحة. حيث أن مجلس الدولة الفرنسي قد أجاز الأمر الشفهي إذا اعترفت به الإدارة، أو إذا كان العرف الإداري يأخذ بالأوامر الشفهية، أو إذا ثبت أن تنفيذ الأمر الشفهي كان لابد منه لإتمام المشروع موضوع الصفقة.

و إذا كان من الواجب أن يصدر الأمر المصلحي في صورة كتابية[158]، فليس هناك شكلية خاصة بعينها يلزم إتباعها، فيكفي أن يكون الأمر على شكل رسالة أو مذكرة بشرط أن تكشف عن نية الإدارة القاطعة.

و القاعدة المطبقة بفرنسا هي نفسها الواجبة الاحترام في الجزائر، حيث أن دفتر الشروط الإدارية العامة سنة 1964 ينص صراحة على الشكل الكتابي للأوامر المصلحية دون تحديد لها شكل معين.

و إذا أصدرت الإدارة أمرا مصلحيا للمقاول، فان للمقاول إما أن يقبل هذا الأمر صراحة، و يكون ذلك بتوقيعه على الأمر بالاستلام بدون تحفظ، أو يستخلص هذا القبول من تنفيذ هذا الأمر بعينه، و إما أن يرفض الموافقة عليه و حينئذ يتعين عليه أن يتظلم بالطرق المشروعة، و ذلك خلال المدد التي تحددها الصفقة أو دفتر الشروط و هي عادة مدد قصيرة يترتب على مرورها سقوط حق المقاول في التظلم[159]، و يتشدد مجلس الدولة الفرنسي في احترام هذه المدد فيعتبرها آمرة و يتحمل المقاول المتعاقد نتائج تفويتها نظرا لتعلق الصفقة العمومية بالمصلحة العامة و الأموال العمومية.

و للإدارة بطبيعة الحال أن تتنازل عن التمسك بمضي الآجال المحددة بشرط أن تكشف عن موافقتها صراحة. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ينقص من حدة قضاءه السابق عن طريق التزام القواعد الآتية بخصوص تلك المدة:

---

158 - الملحق رقم 02 : نموذج من الأمر المصلحي.

159 - د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، المرجع السابق، ص 320.

1 ـ لا تسري مدة السقوط السابقة إلا إذا نصت عليها الصفقة أو دفاتر الشروط صراحة. أما إذا خلت الصفقة من تحديد مدة معينة للسقوط فلا يمكن أن يسقط حق المقاول في الاعتراض.

2 ـ إذا تضمنت الصفقة أو دفاتر الشروط مددا معينة للسقوط فان تلك المدد لا تطبق إلا بالنسبة للأوامر المصلحية بمعناها الفني الذي حددناه، و لا تمتد إلى طلبات المقاول التي يستمدها من الصفقة. و يجب من ناحية أخرى أن يكون الأمر الصادر من الإدارة المتعاقدة أمرا مصلحيا بمعنى الكلمة، بحيث لا يجوز للإدارة أن تستتر وراء نظام الأوامر المصلحية الخاصة بالرقابة في تنفيذ العقد أو بتعديل بعض شروطه لاتخاذ موقف تعسفي ضد المقاول كأن تحرمه من بعض حقوقه المشروعة الأخرى، كأن تأمر برفض دفع باقي الأجر.

3 ـ يستثني قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بعض الحالات، بعض الأعمال الإضافية التي يطلب من المقاول القيام بها من مدد السقوط السابقة إذا كانت مستقلة عن الصفقة أي أشغال إضافية خارج الصفقة.

صور الأوامر المصلحية

يمكن ذكر صور الأوامر المصلحية في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء على سبيل المثال لا الحصر كما يلي [160]:

1/ **الأمر ببدء الأشغال** : هذا الأمر هو نقطة إنطلاق تنفيذ الصفقة العمومية من طرف المقاول و بداية حساب أجل التنفيذ المحدد في الصفقة ، فلا يمكن للمقاول المباشرة بتنفيذ مضمون الصفقة إلا بعد تسلمه لهذا الأمر بصفة رسمية . ذلك أن للإدارة كامل الحرية في تحديد زمن إطلاق الأشغال و بالنتيجة تسليم موقع العمل للمقاول .

2/ **الأمر بتحديد خطوات سير العمل** : تحدد فيه الإدارة جدول إنجاز الأشغال على فترات و يلزم المقاول بتسيير وتيرة انجاز الأشغال مع هذا الجدول .

3/ **الأمر بهدم و إعادة بناء الأشغال المعيبة** : و تستند الإدارة في إصدارها لهذا الأمر إلى الاستنتاجات و الملاحظات المدونة في محاضر الورشة التي تمت في مواقع الورشة بحضور

160 ـ د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، المرجع السابق، ص 327.

الجهة المكلفة بمتابعة الأشغال و المقاول، و التي تبين التحفظات المسجلة على الأشغال المنجزة. و تتم عملية الهدم و إعادة بناء الأشغال المعيبة على حساب و نفقة المقاول المقصر.

4/ **الأمر بوقف الأشغال** : هنا تمارس الإدارة سلطتها في تأجيل الأشغال نظرا لاعتبارات خاصة بالإدارة نفسها كظهور ظروف جديدة تمنع مواصلة المشروع (حالة اكتشاف خطأ في المخططات الأولية للمشروع أثناء التنفيذ مثلا) أو لاعتبارات خاصة بشخص المقاول كأن يتبين للإدارة أن المقاول غير مؤهل لإتمام المشروع نظرا لظهور عيوب جسيمة في الأشغال المنجزة مثلا. و يكون وقف الأشغال إما بصفة مطلقة أو مؤقتة كما تم الإشارة إلى ذلك في الفصل السابق من هذا البحث.

الفرع الثاني: الوسائل المستعملة عند انتهاء المقاول من التزاماته

أولا / **محضر التسليم المؤقت للأشغال**

نتعرض أولا إلى تعريف محضر التسليم المؤقت للأشغال ثم نتطرق إلى الآثار الناتجة عنه.

1/ **تعريف التسليم المؤقت**

التسليم المؤقت للأشغال هو الاجراء الذي يتم عند إنهاء المقاول من انجاز الأشغال الموكلة له بموجب الصفقة العمومية [161]، و يجب أن يتم هذا التسليم في حضور المقاول أو ممثله و كذا ممثل المصلحة المتعاقدة و الجهة المكلفة بمتابعة الأشغال، و على المقاول أن يخلي موقع الأشغال المنفذة من جميع المواد و الأتربة و البقايا.

و الأصل العام أن يتم التسليم المؤقت صراحة بدعوة المقاول بإعلام المصلحة المتعاقدة و الجهة المكلفة بمتابعة المشروع بأن الأشغال جاهزة للاستلام المؤقت و يتم هذا الاستلام بمقتضى محضر يحرر و يوقع عليه كل من ممثلي المصلحة المتعاقدة و المقاول[162]، و يكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم إحداها للمقاول لضمان تطبيق قاعدة التسليم في حضور المقاول. [163]

لكن هل يمكن أن يتم التسليم المؤقت ضمنا خروجا عن الأصل العام؟

لقد فصل مجلس الدولة الفرنسي في هذه المسألة و ذلك في قضايا متعددة و أبدى رأيه بالنسبة لها و ذلك بمقتضى الأحكام التي أصدرها في هذا المجال منها الحكم الصادر في 15 ديسمبر 1905 في قضية Michelon ، أين توصل مجلس الدولة الفرنسي إلى القول بأنه إذا تسلمت

[161] - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق ص 807.
[162] - - الملحق رقم 03 : نموذج من محضر الاستلام المؤقت.
[163] - المادة 46 من دفتر الشروط الادارية العامة لسنة 1964

الإدارة الأعمال ضمنا و بدأت في استخدامها بالفعل فيما أعدت له من أغراض فإن وضع اليد الفعلي من قبل الإدارة يقوم مقام الاستلام المؤقت، إذا كشف عن نية الطرفين في هذا الخصوص، لا سيما إذا صاحب وضع يد الإدارة على الأعمال ما يكشف عن تلك النية و من هذا القبيل عدم إبداء اعتراضات على الأعمال و استعمال الأشغال فيما أعدت له كاستعمال المباني أو الطرقات و جميع الأمور التي يفهم منها أن الإدارة قد تسلمت الأشغال المنجزة و أصبحت صالحا للانتفاع في حدود الغرض المخصص لها.[164]

و يرى الدكتور أنس قاسم أنه في حالة التسليم الضمني يجب أن يترك الموضوع للقضاء لدراسة كل حالة على حدا يحسمها وفقا للظروف و الملابسات الخاصة بالموضوع محل الصفقة، بمعنى أن التسليم الضمني لا يعتبر كالتسليم الصريح، و إنما يعرض على القضاء لكي يقرر ما إذا كان التسليم الضمني يعتبر تسليم مؤقت أم لا على ضوء الوقائع المعروضة أمامه.[165]

2/ **<u>آثار التسليم المؤقت للأشغال المنجزة من طرف المقاول</u>** :

يترتب على التسليم المؤقت للأشغال من طرف المقاول للمصلحة المتعاقدة نتائج هامة نبينها كما يلي :

1- أن التسليم المؤقت للأشغال المنفذة من طرف المقاول تتم بحضور المصلحة المتعاقدة و الجهة المكلفة بمراقبة الأشغال و متابعتها، فإذا تبين من معاينة الأشغال المنفذة أنها تمت على الوجه المطلوب اعتبر تاريخ إخطار المقاول للإدارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد إنهاء العمل و بدء مدة الضمان، و إذا لوحظ أنها تظهر عليها عيوب فيثبت هذا في محضر و يؤجل التسليم المؤقت إلى غاية إصلاح العيوب المتحفظ عليها و تبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان.

2- أن التسليم المؤقت يرتب على المقاول التزام تقديم الضمان، هذا الضمان la caution de garantie نصت عليه المادة 98 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 العدل و المتمم. فبعض الصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال تتضمن آجال للضمان نظرا لطبيعة الأشغال التي يمكن أن تكون بها عيوب خفية. لا تظهر مباشرة عند إتمام الأشغال و إنما تحتاج إلى فترة معينة لاكتشافها.[166]

---

164 - د. أنس قاسم، النظرية العامة لأملاك الإدارة و الأشغال العمومية ، ديوان المطبوعات الجامعية 1983. ص 119

165 - د. أنس قاسم، نفس المرجع المذكور .

166 - أ/ فريد خلاطو، المرجع السابق ص 97

فالصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء تتضمن غالبا مدة ضمان تحدد بستة أشهر ابتداء من تاريخ الاستلام المؤقت لأشغال الصيانة و حفر الأسس و الطرف الحجرية و بسنة واحدة للأشغال الأخرى حسب ما جاء في المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

و في هذه الحالة تتحول كفالة حسن التنفيذ حسب المادة 98 المذكورة إلى كفالة الضمان.

3- أن التسليم المؤقت لا يترتب عليه انتقال الملكية إلى الإدارة، و يبقى المقاول مسؤولا عن الأشغال التي قام بها خلال الفترة بين الاستلام المؤقت و الاستلام النهائي، و ذلك ما لم تنص الصفقة العمومية على خلاف ذلك. كما أن المقاول يظل مسئولا عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان، فإذا ظهر بها عيب أو خلل يقوم بإصلاحه على نفقته، و إذا قصر في إجراء ذلك تقوم المصلحة المتعاقدة بذلك على نفقة المقاول و تحت مسئوليته[167].

4- إذا أتمت المصلحة المتعاقدة الاستلام المؤقت بدون تحفظ و كان المقاول قد ادخل بعض التعديلات على التصميمات الأصلية للمقايسات فان ذلك يعتبر منها قبولا لتلك التعديلات[168].

و من هذه الاستنتاجات، يظهر أن الفترة بين التسليم المؤقت و النهائي إنما تقررت كفترة اختبار تستطيع الإدارة خلالها أن تحكم على صلاحية الأشغال قبل أن تنتقل إليها ملكيتها نهائيا[169].

ثانيا / **<u>محضر الاستلام النهائي للأشغال</u>**

نتعرض أولا إلى تعريف محضر التسليم النهائي للأشغال ثم نتطرق إلى الآثار الناتجة عنه.

1/ **<u>تعريف الاستلام النهائي</u>**

الاستلام النهائي هو الإجراء الذي بمقتضاه تتملك الإدارة الأشغال المنجزة من طرف المقاول نهائيا، بعد أن تتأكد من أن المقاول قد أوفى بالتزامه[170] على الوجه السليم و هو يتم عقب انتهاء فترة الضمان المقدرة بسنة.

و الأصل العام أن يتم الاستلام النهائي صراحة، غير أنه و على غرار التسليم المؤقت، حيث يقوم المقاول بدعوة المصلحة المتعاقدة إلى إجراء معاينة ميدانية رفقة مكتب الدراسات المكلف بمتابعة المشروع، و ملاحظة رفع التحفظات ان وجدت و يتم تحرير ذلك في محضر يوقع عليه

---

167 - الفقرة 03 من المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964

168 - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق :حكم المجلس الصادر في 1953/12/10 في قضية Ville d'Aumale المجموعة ص 288

169 - د. أنس قاسم، المرجع السابق، ص 120

170 - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق

كل من ممثلي المصلحة المتعاقدة و المقاول، و كذا ممثل مكتب الدراسات[171]، و يكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم إحداها للمقاول مع شهادة حسن التنفيذ .[172]

و يجوز الاستلام الضمني النهائي بمرور مدة سنة دون إثارة أي تحفظات من طرف المصلحة المتعاقدة عن الأشغال المنجزة من قبل المقاول، و يترك موضوع الفصل في ذلك للقاضي الذي يقرر لكل حالة على حدا[173].

2/ <u>آثار الاستلام النهائي للأشغال المنجزة من طرف المقاول</u>

يترتب على الاستلام النهائي للأشغال من طرف المصلحة المتعاقدة، نتائج هامة نبينها كما يلي :

1- انتقال ملكية الأشغال المنجزة من طرف المقاول لذمة المصلحة المتعاقدة مع تحملها لتبعة الهلاك من يوم التسليم النهائي.

2- تحلل المقاول من التزام الصيانة الذي يقع على عاتقه في الفترة ما بين التسليم المؤقت و التسليم النهائي .

3- لا يمكن للإدارة بعد الاستلام النهائي أن تحتج ضد المقاول بمخالفته لالتزاماته في الصفقة.[174]

4- يمكن للمقاول استرجاع كفالة الضمان في مدة شهر واحد من تاريخ الاستلام النهائي للأشغال حسب ما جاء في المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل و المتمم و كذا المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة 1964[175]. و يتم ذلك بتحرير المصلحة المتعاقدة لمحضر رفع اليد على الضمان تسلمه للمقاول الذي يقدمه بدوره للبنك المحجوز لديه قيمة الضمان من أجل تحريره.

5- يتم اختتام العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و المقاول بتحرير كشف الحساب العام و النهائي للأشغال المنجزة من طرف المقاول (DGD)[176]، و الذي يبين في نتائجه قيمة الأشغال المنجزة، اقتطاع مبالغ وضعيات الأشغال المسددة، استرجاع مبلغ الضمان، مبلغ الأشغال الباقي

---

[171] - - الملحق رقم 03 : نموذج من محضر الاستلام النهائي.

[172] - المادة 46 من دفتر الشروط الادارية العامة لسنة 1964

[173] - د. أنس قاسم، المرجع السابق، ص 120

[174] - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 813

[175] - أنظر في هذا الصدد حكم المحكمة الإدارية بالجزائر المؤرخ في 2009/07/13 بين والي ولاية الجزائر، ديوان التهيئة و إعادة تهيئة الحامة، مؤسسة أشغال البناء الذي جاء فيه :*" حيث من الثابت قانونا ... فإن استيفاء اقتطاعات الضمان لا يتم إلا بعد رفع جميع التحفظات المسجلة و تحرير محضر التسليم النهائي.."*

[176] - راجع المادة 49 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964

تسديده بعد الحساب العام و النهائي و الذي يتم المصادقة عليه من طرف كل من المصلحة المتعاقدة و المقاول.

6- بداية سريان مدة الضمان العشري المنصوص عليه في المادة 554 و المادة 556 من القانون المدني الجزائري. و يجدر التساؤل عن أساس سريان الضمان العشري المنصوص عليه في القانون المدني على الأشغال المنجزة في إطار الصفقات العمومية ؟

إن وضع قواعد خاصة بالصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، و انفرادها ببعض الأحكام لا يحول دون تطبيق القواعد العامة الخاصة بعقد المقاولة. و من ثم فإنه من باب أولى أن يطبق الضمان العشري على المقاول في عقود الأشغال العامة بصفقة عامة، لان النص و إن كان موجودا في القانون المدني لحماية الأموال العادية للأفراد [177]، فان حماية الأموال العامة تعنى أيضا بهذا الضمان. و يطبق مجلس الدولة الفرنسي الضمان العشري المنصوص عليه في المادتين 1792 و 2270 من القانون المدني الفرنسي حتى و لو لم يشر إليه العقد صراحة[178].

و بذلك يكون المقاول المكلف بانجاز أشغال بناء في الصفقات العمومية، ملزم بالضمان العشري. و بالرجوع إلى المواد 554-555 من القانون المدني نجد أن المقاول ملزم بضمان أشغال البناء خلال 10 سنوات الموالية لتاريخ الاستلام النهائي لأشغال البناء، و كذا استلام المحضر المبين لذلك و عدم تضمنه لأي تحفظات. ومنذ ذلك التاريخ يبدأ سريان حساب مدة الضمان العشري. ويكون التزام المقاول بالضمان العشري سواء قام بالعمل بنفسه أو بواسطة عماله أو مقاول من الباطن.[179]

و يتحدد مجال الضمان العشري بطبيعة الأعمال التي يشوبها عيب، إن كان في التصميم أو الإنجاز أو طبيعة العيوب التي تعطي المجال لإعمال هذا الضمان، بمعنى آخر فإنه يشترط لإعمال الضمان العشري ما يلي :

- أن يتعلق الأمر بعملية تشييد وأن تكون الأعمال المشيدة مباني أو منشآت الثابتة.

---

[177] - د. أنس قاسم ، المرجع السابق، ص 120

[178] - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 814 :(حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1 أوت 1925 في قضية Ville de la Rochelle المجموعة ص 377)

[179]-أحمد خديجة، نطاق المسؤولية العشرية دراسة مقارنة،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 5 نوفمبر 2006، ص 12.

- أن يحدث هذا التهدم خلال المدة القانونية المحددة للضمان و المقدرة ب 10 سنوات[180].
- أن تتهدم هذه الأعمال سواء كان ذلـــك كليا أو جزئيا أو يظهـــر فيهـــا عيب على درجة من الخطورة تهدد متانته و سلامته.[181]

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع العقوبات في حالة إخلال المقاول بتنفيذ التزاماته

أهم سلطة تتمتع بها الإدارة اتجاه المقاول المتعاقد معها هي سلطة توقيع الجزاءات[182] في حالة ما إذا اخل المقاول بأحد التزاماته الواقعة عليه بموجب الصفقة العمومية و المعروضة أعلاه. و تخضع هذه الجزاءات للسلطة التقديرية للإدارة، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة في مواجهة المقاول لحد قد يضر بمصالحه و هدفه الرئيسي من التعاقد المتمثل في تحقيق الربح، لذلك وضعت قيود على هذه السلطة تتمثل في حق المقاول في التظلم الإداري على أعمال الإدارة الغير مشروعة و كذا اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل ممارسة الرقابة اللازمة.

لذلك نتعرض في هذا المبحث إلى بيان أشكال السلطة التقديرية للإدارة في توقيع الجزاءات على المقاول في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية في الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء (المطلب الأول) ثم نتطرق للقيود الواردة على سلطة الإدارة في توقيع هذه الجزاءات (المطلب الثاني)

المطلب الأول : أشكال العقوبات المترتبة عن إخلال المقاول لالتزاماته

تتمتع المصالح الإدارية المتعاقدة في الصفقة العمومية بسلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها (المقاول)عند امتناعه عن التنفيذ أو مخالفته لشروط التنفيذ أو التأخر فيه أو عند مخالفته للتعليمات التي يتلقاها من الإدارة عن طريق ممثليها.

180 - د. محمد حاتم البيات، الإطار العام لمسؤولية المهندس المعماري والمقاول في القانون المدني، دراسة مقارنة في الضمان العشري، بحث للمشاركة بأعمال مؤتمر عن المسؤولية المهنية - كلية القانون –جامعة اليرموك 14 نيسان 2010

181- عايدة مصطفاوي، الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مجلة دفاتير السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، عدد 6، جانفي 2012، ص 268.

182 - د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، المرجع السابق، ص 342.

و من سمات هذه الجزاءات أنها رادعة و لا تتماشى مع قواعد القانون المدني، و هذا ما يجعل الإدارة تتمتع بامتيازات خاصة عند توقيعها لهذه العقوبات تتمثل في [183]:

1/ أن المصلحة المتعاقدة تملك حق توقيع هذه العقوبات دون الحاجة إلى إثبات وقوع الضرر و لها حرية اختيار الجزاء الملائم و الوقت المناسب لتوقيعه[184].

2/ أن المصلحة المتعاقدة تملك حق توقيع هذه العقوبات بنفسها دون انتظار حكم قضائي لتقريرها.

3/ أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تجمع بين عدة عقوبات إذا تحققت أسباب كل عقوبة على حدا.

4/ أن استعمال المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة يصدر في شكل قرار إداري غير قابل لوقف التنفيذ من طرف القضاء الإداري الإستعجالي.

و يعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد. فهذه الأخيرة تفترض تزويد جهة الإدارة والاعتراف لها في مجال التعاقد بسلطة تقديرية في تسليط هذه الجزاءات على المقاول .

و تتنوع هذه الجزاءات، فمنها ما هو ذو طبيعة مالية أي الجزاءات المالية (الفرع الأول) وأخرى ذات طبيعة ضاغطة ،وهي الجزاءات غير المالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المقاول

المقصود بالجزاءات المالية، المبالغ التي يحق للإدارة أن تحصلها من المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته التعاقدية[185]، وهي الجزاءات التي تفرض في الفترة التي تكون خلال مدة الصفقة العمومية منها الغرامات التأخيرية التي يتحملها المقاول عن تأخيره في إنجاز الأشغال وفقا للأجل المحددة بالعقد و مصادرة مبلغ الضمان و العقوبات المالية.

و تطبيقا للنصوص التنظيمية خاصة منها المادة 9 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم، يمكن أن تقرر على المتعامل المتعاقد جزاءات على عدم تنفيذ الأشغال في الآجال المحددة أو على عدم تنفيذ الأشغال المتفق عليها وفقا للأصول الفنية و التقنية في مجال البناء. و تفرض غرامات مالية في شكل عقوبات. بذلك فإذا أخل المقاول المتعاقد في الصفقات

[183] - د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 275

[184] - - أ. بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، ص 111.

[185] - د.سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص30

العمومية المتعلقة بأشغال البناء بالتزاماته أو أنجزها بشكل غير مطابق للشروط التقنية، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفرض عليه عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليهما في التشريع المعمول به.

هذه العقوبات المالية يمكن أن تطرح من قيمة الدفعات المقدمة على كل مرحلة من مراحل إنجاز الأشغال و ذلك من ضمن المبلغ الإجمالي للصفقة، أي أن هذه العقوبات تقتطع بشكل جزئي على كل مرحلة سجل فيها تقصير في الانجاز من طرف المقاول من وضعية الأشغال المقدمة من طرفه للتسديد الخاصة بهذه المرحلة. و بذلك تطرح قيمة العقوبات من كل دفعة تقدم في إطار وضعية أشغال منجزة عن مرحلة معينة من الأشغال. لكون أنه نظرا لطبيعة الأشغال المتعلقة بالبناء فإن هذه الأخيرة تتم على مراحل و يقوم مالك المشروع أي الإدارة بتسديد قيمة كل مرحلة من الأشغال حسب نسبتها المحددة من قيمة المبلغ الإجمالي للصفقة، فمثلا يتم إنجاز أشغال عمارة سكنية على ثلاث مراحل (مرحلة الأشغال الكبرى: هيكل البناية، مرحلة الأشغال الصغرى: البناء بالأجر، مرحلة الأشغال التكميلية: الدهن، الترصيص و التبليط..) وكل مرحلة تحدد لها نسبة معينة من قيمة المبلغ الإجمالي للصفقة و هذا حسب حجم الأشغال و أهميتهما.
فعندما يتم تسجيل أن المقاول لم ينجز الأشغال المطلوبة منه في الصفقة حسب الأشكال المتفق عليها و تظهر فيها عيوب، يتعرض هذا الأخير إلى جزاءات مالية منصوص عليها في النصوص التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية.[186]

و تحدد نسبة هذه العقوبات و كيفيات فرضها أو الإعفاء منها في بنود الصفقة العمومية في حد ذاتها باعتبارها من بين العناصر المكونة للصفقة العمومية، أو في دفاتر الشروط الخاصة بها بحيث لا يجب أن تتجاوز نسبة 5% من قيمة المبلغ الإجمالي للصفقة.و من ضمن هذه العقوبات نتطرق إلى عقوبة غرامة التأخير و عقوبة إقتطاع الضمان :

[186] - د. سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) أطروحة شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون 2008 ص 230.

أولا/ **غرامة التأخير**

إن أي صفقة تبرم بين المقاول و الإدارة مالكة المشروع، تتضمن مدة معينة يتم خلالها انجاز الأشغال موضوع الصفقة العمومية، لذلك فإن أي تجاوز لهذه الآجال من طرف المقاول يعد تأخيرا. مما يترتب عليه تأجيل تسليم المشروع سواء فيما يتعلق بالتسليم الابتدائي المؤقت أو التسليم النهائي. لذلك توقع على المقاول في هذه الحالة غرامة مالية تسمى بغرامة التأخير.

و تعرف غرامة التأخير في القانون العام على أنها مبلغ نقدي يحدد عادة في الصفقة العمومية بنسبة معينة من قيمة الأشغال، تفرضها الإدارة إذا ما أخل المقاول المتعاقد معها بميعاد تنفيذ التزاماته التعاقدية، و ذلك ضمانا لانتظام سير المرفق العمومي.[187]

حيث تعد غرامة التأخير من أكثر الجزاءات المالية شيوعاً، والتي توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ الصفقة العمومية. و يرجع أساس فرض هذه الغرامة إلى تحديد الإدارة مواعيد خاصة لتنفيذ الصفقة. وبناء على ذلك تقدر حاجة المرفق لهذه المواعيد، ولذا تلجأ إلى فرضها على المتعاقد معها لحمله على تنفيذ التزاماته في الموعد المحدد[188].

وفي إطار القانون الخاص فإن الغرامة التأخيرية (تسمى بالغرامة التهديدية أو التهديد المالي). ويؤسس مجلس الدولة الفرنسي قضاءه على اعتبار أن الإدارة تملك سلطات تهديدية كافية اشد قوة من نظام التهديد المالي في القانون الخاص، وتستطيع الإدارة أن تمارسها بنفسها في حالة تقصير المتعاقد معها دون حاجتها إلى اللجوء للقضاء[189].

و تحسب عقوبة التأخير عادة حسب المعادلة التالية : ع = م × ت / 7 × أ

ع = العقوبة المالية الاجمالية.

م = مبلغ الصفقة الأصلية + مبالغ الملاحق الخاصة بالزيادة.

ت = التأخير المعبر عنه بعدد الأيام.

أ = الأجل التعاقدي المعبر عنه بعدد الأيام.

---

[187] - د. سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري المرجع السابق، ص 199,

[188]- محمود خليل خضير ، الغرامات التأخيريه في العقود الإدارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1991 ، ص48 : .. أكدته محكمة تمييز العراق حيث تذهب إلى (أن الغرامة التأخيرية هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المدد المتفق عليها) انظر القرار رقم 455/ج/1968 لسنة 1968 من محكمة التمييز العراقية، منشور في مجلة قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، ص342 - 346 .

[189] - د. هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه في القانون الإداري، مجموعة رسائل الدكتوراه، دون ذكر السنة، ص 144.

مع العلم أنه لا يمكن أن يتجاوز المبلغ الإجمالي للعقوبة المالية نسبة 10% من مبلغ الصفقة الأصلية مضاف إليها مبالغ الملاحق الخاصة بالزيادة. [190]

ومن حيث الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية، فهي منصوص عليها في الصفقة العمومية في حد ذاتها، أي أنها ذات طبيعة عقدية، فهي كالجزاء العقدي وتعويض اتفاقي في آن واحد، تهدف إلى حمل المتعاقد على تنفيذ ما التزم به في العقد.[191]

وعلى ذلك فللغرامة التأخيرية في العقود الإدارية جملة من الخصائص ، فمنها أن جهة الإدارة هي التي تقوم بفرضها كما هو الحال في جميع الجزاءات التي تملكها، وأنها اتفاقية وتلقائية وتفرض بدون إعذار والضرر فيها مفترض.

وهي تعد اتفاقية، لأنها تحدد مقدما في الصفقة العمومية، أما إذا لم تنص عليها الصفقة فلا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المتعاقد. ويجوز تخفيضها ما دامت تمثل تعويض عن الضرر و ذلك بما يتناسب مع الضرر اللاحق بالإدارة جراء عدم إتمام الأشغال في الآجل المحددة.[192]

كما أنها تلقائية، لأنه بمجرد حصول التأخير في إتمام الأشغال سوف يتم توقيع هذه الغرامة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار المقاول، إذ تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة فرضها، دون التقيد بشرط الإعذار المسبق للمتعاقد، ولكن قد تلزم الإدارة بالإعذار إذا ما ورد نص خاص في الصفقة العمومية يلزمها بذلك وفقا للمبدأ القانوني المسلم به (الخاص يقيد العام).

و إذا كان أساس فرض الغرامة التأخيرية ما هو إلا تطبيق لامتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الإدارة، و أن هذه الغرامة لها طابع اتفاقي بين طرفي الصفقة العمومية، فإنه يجوز لمن شرعت لصالحه هذه السلطة أن يتنازل عنها لان الهدف منه هو حث المقاول المتعاقد على تنفيذ ما ألتزم به.

و هنا يثار تساؤل حول إمكانية الإدارة من إعفاء المقاول المتعاقد معها من الغرامة التأخيريه ؟

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المقاول المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية في أحد الحالتين، الحالة الأولى إذا كان التأخير بسبب أجنبي لا يرجع إلى المتعاقد، كأن تكون قوة قاهرة أو فعل

---

[190] ـ صفقة عمومية مبرمة بين ديوان الترقية و التسيير العقاري و مؤسسة أشغال البناء المتضمنة انجاز 1000/110 مسكن اجتماعي بشرشال.

[191]ـ د.حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص62 .

[192]ـ د.محمد علي الطائي، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد2001، 1984، ص39.

الغير أو فعل الإدارة. و الحالة الثانية إذا كان المتعاقد قد طلب رسميا مهلة جديدة فوافقت الإدارة دون إبداء أي تحفظ حيث يعد ذلك بمثابة تعديل للعقد.[193]

ويستشف ذلك من نص المادة 90 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم[194]، و لقد أكدت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الأخذ بمعيار عدم تكملة الأشغال في الآجال المحددة كسبب لتطبيق الغرامة التأخيرية : " *حيث أنه من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال ...*".[195]

ثانيا / **<u>مصادرة مبلغ الضمان :</u>**

نظرا لتعلق الصفقة العمومية بالأموال العامة و بحسن سير المرفق العام من جهة و من جهة أخرى بالجمهور المنتفع من خدمات المرفق، وجب على المصلحة المتعاقدة أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين جهة الإدارة والضغط أكثر على المقاول المتعاقد معها لإجباره على تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في الصفقة[196]. لذلك أوجب قانون الصفقات العمومية في المادة 97 من المرسوم الرئاسي10-236 المعدل و المتمم، على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة، ويتم ذلك بفرض ضمانات مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ و كفالة رد التسبيقات المنصوص عنها في المادة 75 من المرسوم و التي تم التطرق إليها في الفصل الأول من هذا البحث.

و عقوبة مصادرة الضمان مثلها مثل باقي الجزاءات ذات الطابع المالي التي تجد أساسها في حماية المصلحة العامة، إلا أنه يختلف عنها في سببه و الغاية منه لكون أن هذا الضمان محجوز

---

[193] - د. رياض عيسى، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ المقاولات العام، الطبعة الأولى، مطبعة العربي الحديثة، بغداد، 1976 ، ص203.

[194] - تنص المادة 90 على ما يلي:*" تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط و الكيفيات المنصوص عليها في الصفقة. يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة. ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها. وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة. وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية بسبب الأخير، تحرير شهادة إدارية."*

[195]- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ16-12-1989 ملف رقم65145 قضية ع ط صدوق،المجلة القضائية، العدد الأول،1991، ص 133.

[196]- د. عمار بوضياف،المرجع السابق، ص 121

لدى المصلحة الإدارية عن طريق البنك قبل وقوع إخلال أو تقصير المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية في الصفقة العمومية[197].

و لعقوبة مصادرة الضمان خصائص، يمكن حصرها كما يلي:

1/ أن حق المصلحة المتعاقدة في مصادرة الضمان بذاته عند التقصير في تنفيذ الالتزام من طرف المقاول المتعاقد، تتمتع به الإدارة حتى و لو لم تنص عليه الصفقة العمومية صراحة، حيث أنه يدخل في الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة قانونا.

2/ أن المصلحة المتعاقدة لها أن توقع جزاء المصادرة دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية أي بطريق التنفيذ المباشر و بنفسها دون انتظار حكم قضائي.

3/ أن المصلحة المتعاقدة تقوم بتوقيع هذا الجزاء بدون الحاجة إلى إثبات الضرر الذي لحقها من جراء تقصير المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية. ذلك أن الضرر في هذه الحالة يكون مفترض في كل العقود الإدارية.

4/ أن الضمان المودع من طرف المقاول في إطار الصفقة العمومية يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للمصلحة المتعاقدة اقتضاؤه. و بالتالي فلا يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يثبت أن الضرر الذي لحق الإدارة يقل عن مبلغ الضمان، إلا إذا اتفق طرفا الصفقة وقت ابرامها على خلاف ذلك، و إذا كانت مصادرة الضمان قد جبرت الضرر اللاحق بالإدارة فلا يحق لها المطالبة بتعويض آخر إلا إذا اتفق على غير ذلك[198].

5/ أن جزاء المصادرة توقعه المصلحة المتعاقدة سواء بصفة مرتبطة مع فسخ الصفقة العمومية أو دون فسخ الصفقة العمومية.

6/ إذا ارتبطت مصادرة الضمان في نصوص الصفقة العمومية بسبب معين، فلا يمكن توقيعها إذا تحقق سبب أخر، كأن تنص الصفقة العمومية مثلا على توقيع جزاء مصادرة مبلغ التأمين في حالة ما إذا أنجز المقاول الأشغال المسندة له بصفة غير مطابقة لما هو متفق عليه، فانه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن توقع هذا الجزاء لوقوع ضرر غير الضرر المحدد.

---

[197] - د. سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري ، المرجع السابق، ص 219.

[198] - د. هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، المرجع السابق، ص 132

7/ أنه لا يجوز للإدارة التنازل على حق مصادر الضمان مقدما، إلا أن توقيعه يرتبط بسلطتها التقديرية فلها أن تعفي المقاول من هذا الجزاء سواء بصفة صريحة أو ضمنية.[199]

<u>الفرع الثاني</u> : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات غير المالية على المقاول

هذا النوع من الجزاءات لا يهدف إلى تحميل المقاول المتعاقد أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية و إنما يهدف إلى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ دون إنهاء الصفقة العمومية (أولا) أو يهدف إلى قطع العلاقة التعاقدية نهائيا بين المقاول و المصلحة المتعاقدة بخطأ منه (ثانيا). أو إلى تسليط عقوبات تمتد بعد إنقطاع العلاقة بينها و بين المقاول (ثالثا)

أولا / **<u>الجزاءات المؤقتة التي لا تنهي الصفقة العمومية</u>**

يتمثل هذا النوع من الجزاءات في سحب العمل المحدد في الصفقة العمومية من المقاول و توكيله إلى الغير و على مسؤولية هذا الأخير لضمان سير المرافق العامة بانتظام و اطراد.

و يقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ الأشغال الموكلة له بموجب الصفقة العمومية وقيامها بتنفيذ هذه الأشغال على مسؤولية المقاول وحسابه. ولا حاجة للنص على هذا الجزاء في الصفقة لأنه مرتبط بالنظام العام [200].

وغالباً ما يتطلب قيام الإدارة بهذا الإجراء وجود تقصير أو إخلال جسيم من طرف المقاول المتعاقد. كأن تسجل المصلحة المتعاقدة عند زيارتها لمواقع العمل وجود تقاعس كبير في سير وتيرة الأشغال من طرف المقاول بشكل يؤدي حتما إلى تجاوز أجل الصفقة رغم تنبيهه بذلك لتدعيم ورشات المشروع بدون جدوى، فتضطر هنا المصلحة المتعاقدة و لضمان توفر المرفق العام في الأجل المحدد إلى سحب إنجاز هذه الأشغال من المقاول و القيام بها من طرف الإدارة أو بالاستعانة بمقاول آخر.

وتنص دفاتر الشروط العامة [201] غالبا على الحالات التي يجوز للإدارة أن تستخدم فيها هذا الإجراء في حالة تحققها. و تتمثل هذه الحالات غالبا فيما يلي :

---

[199] - د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري المرجع السابق، ص 318.

[200] - د. عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1957 ، ص214

[201] - منها المادة 65 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقي لعام 1988 وهي على سبيل المثال لا الحصر.

الحالة الأولى : وتشمل الأسباب المتعلقة بالمركز المالي للمتعاقد (المقاول) والتي تتمثل بإفلاس المقاول، أو تقدم المقاول بطلب إشهار إفلاسه. فهنا يكون المركز المالي للمقاول ضعيف على تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة فتلجأ الإدارة بالنتيجة إلى سحب العمل منه.

الحالة الثانية : تتعلق بشخص المقاول منها :

1. إذا تخلى المقاول عن المشروع موضوع الصفقة و تم تسجيل ذلك في محاضر الورشة التي تحررها المصلحة المتعاقدة و الجهة المكلفة بمتابعة المشروع. كأن يخلي الورشة من جميع الآلات و العتاد و العمال المجهزين لإنجاز المشروع من تلقاء نفسه دون سبب.
2. إذا عجز المقاول بدون سبب مشروع عن المباشرة بإنجاز الأشغال موضوع الصفقة أو أوقف الأشغال لمدة تتجاوز (30) يوماً بعد تسليمه الأمر ببدأ الأشغال.

و سحب العمل من المقاول والحلول محله في تنفيذ العقد لا يكون إلا إذا خالف المقاول نصا صريحاً في الصفقة أو خرج على مضمونه بطريقة غاية في الجسامة. أما إذا لم يتخلف عن تنفيذ شروط الصفقة فلا يكون للمصلحة المتعاقدة الحق في اتخاذ هذا الإجراء، والحكم نفسه ينطبق إذا كان عدم التنفيذ راجع لسبب أجنبي ويشترط في السبب أن لا يكون للمقاول يد فيه.

و يمكن للإدارة أن تستمر في سحب الأشغال إما بصفة مؤقتة أو إلى غاية إتمام الأشغال واستلامها نهائيا. و لكن ينتهي السحب إذا تم فسخ الصفقة العمومية سواء من طرف المصلحة المتعاقدة بسبب تقصير المقاول أو من طرف الجهة القضائية إذا طلب المقاول ذلك لتضرره من هذا الإجراء[202].

و غالبا ما تلجأ الإدارة عند قيامها بسحب العمل من المقاول إلى أحد الإجراءين :

إما بتكليف شخص آخر بتنفيذ هذا العمل على حساب المقاول المتعاقد الذي أخل بالتزامه. أو حلول الإدارة محل المتعاقد و تنفيذ العقد بنفسها مباشرة و عن طريق عمالها و يكون ذلك في حالات الاستعجال القصوى[203]، وتأسيس ذلك يرجع إلى أن موضوع الصفقة له صلة وثيقة باستمرارية المرفق العام اتجاه الجمهور. فلا يمكن السماح بتوقّف نشاط المرفق، وتأثر حركته و مردوده، بسبب تقصير المقاول المتعاقد مع الإدارة.

[202] - د. عبد المجيد الفياض، مرجع سابق ، ص215- ص237

[203] - أ. بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية،المرجع السابق، ص 113.

كما لو أخلّ المقاول مع مديرية الأشغال العامة بإتمام تعبيد طريق سيار محل صفقة عمومية في المدّة الزمنية المتفق عليها في الصفقة. فللإدارة المعنية حق اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية المرفق وأداء الخدمة لمستعملي الطريق السيار.

وهكذا فإن الإدارة تملك عند تنفيذها لصفقة عمومية وسائل التنفيذ العيني فإن لم يقم المتعامل المتعاقد بالوفاء بما تعهّد به، تحركت جهة الإدارة المعنية ولجأت لأسلوب الضغط على المتعاقد معها وجبره على التقيّد بالتزاماته. غير أنّ هذه السلطة، وبالنظر لخطورتها وآثارها، مقيدة بإجراءات و شروط تتمثل خاصة في ضرورة تحقق حالة الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية للصفقة وبكيفية تنفيذ موضوع الصفقة. وعادة ما توجه الإدارة قبل ممارستها لهذه السلطة إعذارا ينشر في الصحف اليومية لتنذر به المقاول المخل بالتزاماته وتمارسه بعد تأكدها من التقاعس رغم الاعذار.[204]

ثانيا / **<u>العقوبات التي تنهي العلاقة التعاقدية (فسخ الصفقة)</u>**

الفسخ في القواعد العامة هو حق للمتعاقد في العقد الملزم لجانبين، إذا ما أخل المتعاقد الأخر بالتزاماته، في حل الرابطة التعاقدية كي يتحلل هو من التزامه.[205]

و في مجال العقود الإدارية، و الصفقات العمومية بشكل خاص، يعتبر الفسخ سلطة مخولة للمصلحة المتعاقدة تسمح لها بإنهاء العلاقة التعاقدية بينها و بين المقاول المخل بالتزاماته إخلالا جسيم و ذلك بصفة مباشرة و دون ضرورة اللجوء إلى القضاء و يكون ذلك عن طريق قرار فسخ تصدره المصلحة المتعاقدة من جانبها. و بذلك تكون عقوبة الفسخ أشد العقوبات المخولة للإدارة صرامة[206].

و بالرجوع إلى المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 نجد أنها نصت على أنه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته.

---

[204] - د. رياض عيسى ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1985، ص 20.

[205] - د. هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، المرجع السابق ، ص 249.

[206] De Laubadère André, 1956. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, tome 2*. Paris, LGDJ, p. 196.

و ما يمكن ملاحظته من ذلك، أن الفسخ هو قمة الجزاءات التي يمكن للإدارة أن تفرضها على المتعاقد معها جراء إخلاله بالتزامه التعاقدية، ويتم فسخ العقد بقرار من الإدارة[207].
وتمارس الإدارة سلطتها في فسخ الصفقة العمومية سواء كان منصوصا على هذا الجزاء في الصفقة أو لم يكن منصوص عليه، و يستهدف هذا الامتياز المخوّل للإدارة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المقاول المتعاقد.

و يفترض في هذه الحالة أن يكون المتعامل المتعاقد قد ارتكب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة لفسخ الصفقة على عاتقه و بخطأ منه، و للإدارة سلطة تقديرية في اعتبار خطأ ما خطا جسيما يستوجب تطبيق عقوبة الفسخ من عدمه. و قد بين دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 1964، الأفعال المبررة لتوقيع جزاء فسخ الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء من طرف الإدارة و المتمثلة في :
- في حالة عدم امتثال المقاول المتعاقد إلى أحكام الصفقة أو إلى الأوامر المصلحية الموجهة له.
- في حالة التوقف الكلي للأشغال من طرف المقاول من تلقاء نفسه.
-في حالة التعاقد من الباطن دون ترخيص من الإدارة المتعاقدة.
-في حالة مخالفة المقاول لتشريع العمل الخاص في مجال الصحة و الوقاية بالنسبة للعمال، و كذا الجرائم التي تكون مخالفات.
- في حالة اكتشاف استعمال الغش من قبل المقاول، أو نقص القدرة المالية.

فكمثال على حالات الفسخ بخطأ من المقاول، أن يتوقف هذا الأخير عن إنجاز الأشغال المحددة في صفقة عمومية متعلقة بالأشغال العامة و يستمر في هذا التوقف لمدة طويلة بما سينعكس سلبا على مدّة إنجاز الصفقة وبما سيؤثر على نشاط المرفق العام. ففي هذه الحالة توجه الإدارة المعنية إعذارا للمعني وتمنحه أجلا للوفاء بما تعهد به و إذا انتهى الأجل المحدد في الإعذار و ثبت عدم استجابة المقاول له يحق للمصلحة المتعاقدة أن تصدر قرار بفسخ الصفقة العمومية بينها و بين المقاول المتعاقد بخطأ منه.

207- - الملحق رقم 04 : نموذج من مقرر الفسخ.

غير أن سلطة الإدارة في فسخ الصفقة مع المقاول، وبالنظر لخطورتها وأثارها، فإن الإدارة قبل ممارستها تلزم بإتباع إجراءات خاصة تتمثل خاصة في إعذار المقاول قبل اللجوء إلى الفسخ و هذا الإجراء مستوحى من القاعدة العامة المحددة في القانون المدني بنص المادة 119 منه التي تخول المتعاقد توجيه إعذار للطرف الأخر من العقد في حال عدم وفاءه بإلتزاماته العقدية. وبذلك يقترب في هذه الحالة العقد المدني بالصفقة العمومية. إلا أن مظهر تميز الصفقة يظل واضحا. فعدم الوفاء بالالتزامات بعد انتهاء مدة الإعذار يخول للطرف المدني (في العقد المدني) أحقية اللّجوء للقضاء للمطالبة بالفسخ والتعويض. فالمتعاقد في ظل القانون المدني لا يملك أحقية الفسخ المنفرد بل يلجأ للقاضي. بينما الإدارة مخوّل لها سلطة الفسخ بإرادة منفردة ودون حاجة اللجوء للقضاء. وهذا مظهرا آخر تميّزت به الصفقات العمومية عن العقود المدنية.[208]

وقد أضافت المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم11-98 التي عدلت المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، إجراء خاص بالمقاول المتعاقد الأجنبي و المتمثل في شرط موافقة سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني أو مجلس مساهمات الدولة لتوقيع جزاء فسخ الصفقة معه في حالة ارتكابه لخطأ جسيم.
و لم يكتف المرسوم بالإعلان عن الفسخ من جانب واحد، بل نص كذلك على الفسخ لاتفاقي[209] للصفقة، حيث أنه يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض. و في حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقدم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقي تنفيذها و كذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة.[210]

---

[208]- يعرف الفسخ القضائي بأنه ضرورة اللجوء إلى القضاء المختص من طرف الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ للمطالبة بحل العلاقة التعاقدية، لكي يحق له بعد ذلك التحلل من التزاماته نحو المتعاقد الآخر الذي لم يقم بتنفيذ ما رتبه العقد من التزامات على عاتقه. .
أنظر في هذا الصدد د. عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر،1986، ص 136.

[209]- و يقصد بالفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين أن للطرفين المتعاقدين الحق عند إبرام العقد في الاتفاق على أنه يجوز لأحدهما فسخ العقد في حالة عدم قيام الطرف الأخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد دون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي في ذلك.
و يعتبر هذا النوع كاستثناء على القاعدة العامة التي تقضي بها نظرية الفسخ ، و هي وجوب أن يكون فسخ العقد قضائيا، و الحكمة من هذا الاستثناء هو أن طريقة الفسخ القضائي تتسم بالبطء في إجراءاتها، و تحمّل المدعي مصاريف القضائية ، إضافة إلى استعمال القاضي لسلطته التقديرية و التي قد لا توافق إرادة المتعاقدين و خاصة الدائن.

[210] - أنظر المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

ثالثا/ **العقوبات التي تمتد بعد انقطاع العلاقة بين الإدارة و المقاول:**

قد تشتد المصلحة المتعاقدة في توقيعها للعقوبات ضد المقاول المخل بالتزاماته التعاقدية حسب جسامة الإخلال الذي تسبب فيه هذا الأخير.

فقد تلجأ الإدارة فضلا على عقوبة الفسخ إلى تسجيل المقاول المخل بالتزاماته في قائمة سوداء تمنع التعامل معه أو إعادة التعاقد معه في صفقة عمومية أخرى[211]، و قد لا تكتفي الإدارة بتوقيع عقوبة الفسخ و تمتد إلى طلب تعويضات بما أصابها من ضرر جراء هذا الفسخ الذي أدى بها إلى التعاقد من جديد مع مقاول أخر لإنهاء الأشغال محل الصفقة العمومية .
ففيما يخص تسجيل المقاول المخل في قائمة الممنوعين من التعامل، نصت على ذلك المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1965 في فقرتها 11، و أيضا المادة 52 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم، حيث يقصى المقاول من التعامل في مجال الصفقات العمومية إما بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية. إلا أن المشرع ترك للمقاول حق الدفاع عن نفسه و تقديم وسائل دفاعه في الأجل المحدد. كما نصت المادة 24 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية في تعديلها الأخير على أن يسجل المتعاقد الأجنبي الذي أخل بالتزاماته، في قائمة المتعاملين الممنوعين من التعهد في الصفقات العمومية[212].

كما نصت نفس المادة من دفتر الشروط في فقرتها 8 أن الزيادة الناجمة عن ابرام صفقة عمومية جديدة جراء اخلال المقاول بالتزاماته، يتم اقتطاعها من مبالغ التي يسحقها المقاول أو من مبلغ الضمان المقدم من طرفه. و بذلك يتحمل المقاول المخل بالتزاماته أي تغير يطرأ على الغلاف المالي بالزيادة المتعلق بالصفقة الجديدة. [213]

---

211 - القرار المؤرخ في 2011/03/28 يحدد كيفيات الإقصاء من الصفقات العمومية.

212 - المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم11-98 التي عدلت المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236
213 - أنظر المادة الأخيرة من الملحق رقم 01.

<u>المطلب الثاني</u> : حدود سلطة الإدارة في توقيع العقوبات على المقاول

إن سلطة الإدارة في تسليط عقوبات على المقاول في حالة إخلاله بالتزاماته المحددة في الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء، ليست مطلقة و إنما رغم طابعها التقديري فإنه لا يمكن للجهة الإدارية أن تتمادى في تسليط عقوباتها لدرجة الإضرار بالمقاول، حيث أن هذا الأخير و كما تم تبيانه فهو تاجر يسعى من وراء تعاقده إلى تحقيق الربح، فلا يحق للمصلحة المتعاقدة أن تتجاوز السلطات الممنوحة لها، لذلك تم وضع حدود قانونية لهذه السلطات (الفرع الأول) و أيضا حدود قضائية تتمثل في حق المقاول المتضرر في اللجوء إلى القضاء من أجل إخضاع سلطة الإدارة في توقيع الجزاء إلى الرقابة القضائية (الفرع الثاني).

<u>الفرع الأول</u> : القيود القانونية لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المقاول المتعاقد

إن توقيع أي جزاء من المصلحة المتعاقدة على المقاول في إطار صفقة عمومية، يجب أن يقابله خطأ تعاقدي من جهة المقاول يتمثل في إخلاله بأحد التزاماته التعاقدية بعدم تنفيذها أو التأخر في فيها أو بتنفيذها على وجه غير مرضي أو بإحلال غيره محله دون موافقة الجهة الإدارية أو استعمال الغش أو التلاعب في معاملاته مع الإدارة[214].

و تحكم سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المقاول المتعاقد في الصفقات العمومية، حدود وضوابط تتمثل في:

1/ **<u>عدم توقيع الإدارة لعقوبات جزائية</u>** حتى ولو كان إخلال المتعاقد مع الإدارة بالالتزامات يشكل جريمة فلا يمكن للإدارة أن توقيع جزاءات عليها[215]. و لو اتخذت ذلك فإنه يشكل خرقا للقانون و في ذلك اعتداء على اختصاص القضاء. وانحراف في استعمال الإدارة لسلطتها في توقيع جزاءات إدارية. و قد أبطل مجلس الدولة الفرنسي لعيب انحراف في السلطة لائحة بوليس أصدرتها الجهة الإدارية المتعاقدة و ضمنتها عقوبة جنائية لضمان تنفيذ عقد إداري.

---

214 - د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر دراسة تشريعية و قضائية و فقهية، المرجع السابق، ص 121

215 - د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 275

2 / **وجوب اعذر المتعاقد قبل توقيع الجزاء**: يجب على المصلحة المتعاقدة اعذرا المقاول المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه، باعتباره إجراء جوهريا يترتب على تخلفه عدم مشروعية الجزاء. و يقصد بالاعذار إثبات تأخر المدين في تنفيذ التزاماته، كإجراء تمهيدي لتوقيع الجزاء الإداري و هو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية Greunouiller :" لا يمكن أن يكون هناك نص في العقد يمكن أن يؤدي إلى السماح للإدارة في حالة عدم قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، أن تقوم بفرض الجزاء عليه قبل اعذراه."

و تظهر أهمية الإعذار في التثبت من مواعيد التنفيذ، و تنبيه الإدارة المتعاقد عن خطئه و مطالبته باحترام ما اتفق عليه في العقد.

و إذا كانت القاعدة العامة في القضاء الفرنسي هو ضرورة إعذار المتعاقد لكن ترد على ذلك استثناءات منها:

- تضمين العقد الإداري لنص صريح يعفي الإدارة من الإعذار: و عليه يطبق هذا الشرط بقوة القانون، و هو ما أقر به القضاء الإداري في فرنسا حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى ذلك في قراره الصادر في 1953/06/10 في قضية commune de Saint Denis en Val [216].

- حالة الظروف الملحة[217]، و هو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي نتيجة طبيعة العقد أو الظروف المحيطة بإبرامه و تنفيذه. و يتجلى ذلك في توريد اللوازم أو المواد العسكرية في زمن الحرب، و قاضي العقد هو من يقرر طابع هذه الظروف الملحة و الخاصة. واستثناءا ظهر ذلك في حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1927/03/27 في قضية Chelas وحكمه في قضية Duros المؤرخ في 1922/01/04.[218]

- حالة عدم جدوى الإعذار و يخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، و في حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1945/06/29 في قضية Ville de Beressuin قرر عدم جدوى إعذار المتعاقد كونه أعلن من تلقاء نفسه رفض تنفيذ العقد الإداري.

- حالة المرافق العامة التي تتطلب السرعة في تسييرها: أقر مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا تم إعذار المتعاقد نتيجة خطأ نسب إليه يمكن إجراء و توجيه إعذار جديد و الذي من تاريخه يحدد مسألة تقصير المتعاقد مع الإدارة، من أجل الفصل في التعويض العقدي. وكان ذلك في قضية

216 - د. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 125.
217 - د . سليمان الطماوي، المرجع السابق ص 250
218 - د. عبد المجيد الفياض.المرجع السابق، ص 203-204.

commune de Boulléne بتاريخ 1959/11/04، و إذا مر وقت طويل من إعذار المتعاقد من طرف الإدارة و لم يوقع عليه جزاء نكون أمام مبدأين أرساهما مجلس الدولة الفرنسي:

* مرور وقت طويل على إعذار المتعاقد بتوقيع الجزاء: قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه المؤرخ في 1945/02/23 في قضية Société Générale Française de Publicité et d'Edition، أن فوات وقت طويل بعد الاعذار دون توقيع الجزاء لا يعد تنازلا ضمنيا من الإدارة عن توقيعه.

* التفاوض مع المتعاقد على الإعذار السابق بتوقيع الجزاء: قضى مجلس الدولة الفرنسي في 1927/12/28 في قضية L'industrielle foncière وحكمه المؤرخ في 1929/07/11 في قضية Entreprise Helage، أن الإدارة إذا تفاوضت مع المتعاقد لاستئناف أعمال العقد على أسس جديدة بعد إعذاره ولم يحقق ذلك نتيجة فيعتبر هذا الاعذار غير قائم قانونا. و يجب على الإدارة في هذه الحالة أن تقوم بإعذار المقاول المتعاقد من جديد.[219]

أما في الجزائر فقد نص المشرع الجزائري على الاعذار في قانون الصفقات العمومية في المادة 112 منه، حيث ألزم المصلحة المتعاقدة بإعذار المتعاقد معها قبل اتخاذ إجراء الفسخ بالإرادة المنفردة، و هو إجراء وجوبي يترتب على تخلفه بطلان الفسخ الموقع من جانبها، كما يستشف أن للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تحديد أجل الاعذار، و البيانات الواجب إدراجها ضمنه و أجال نشره في شكل إعلان قانوني و هو نفس الشيء المؤكد في المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964. [220]

و إن كان المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية لم يبيّن شكل الإعذار، إلا أنّه بالرجوع إلى المادة الأولى من القرار المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره[221]، فهي تنص على ما يلي : " تطبيقا لأحكام المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 ...، يهدف هذا القرار إلى تحديد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره. "

---

[219] - د. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 248-249.

[220] - د. حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق، ص 239 . نصت المادة 18 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز على قطاع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة الواقعة داخل مساحات استصلاحية و المحتمل تحويله آلة تنازل، و اعتبارها الفسخ كإجراء وجوبي قبل اتخاذ قرار فسخ عقد الامتياز: " يمكن فسخ الامتياز بمبادرة من الإدارة إذا لم يحترم صاحبه الالتزامات المفرضة عليه و على الخصوص تلك المتعلقة بانجاز برنامج الاستصلاح .....يجرى الفسخ بالطرق القضائية بعناية مدير الأملاك الوطنية بالولاية المختص إقليميا بعد اعذارين يتم إرسالهما لصاحب الامتياز برسالة موصى عليها.. و تبقيان دون جدوى ".

[221]- ج ر عدد 24 المؤرخة في 20 أفريل سنة2011.

و قد أكدت المادة الثانية منه على أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة إلا بعد توجيه إعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز عن التنفيذ. و يجب حسب المادة الثالثة من نفس القرار أن يتضمن الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد، البيانات الآتية :

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها، تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعها.
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار، عند الاقتضاء.
- موضوع الإعذار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

و تلزم المصلحة المتعاقدة بتبليغ الإعذار للمقاول برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام ونشره في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على المستوى الوطني. و يجب أن يحرر الإعذار باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل. كما يجب أن يرسل طلب نشرالإعذار في نفس الوقت الذي تم فيه تبليغه للمقاول برسالة موصى عليها. و يسري مفعول الإعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) أو في الصحافة.

و لقد اعتبر القضاء الإداري[222] في الجزائر أن إجراء الإعذار وجوبي، ففي القرار الصادر بتاريخ 1989/12/16 عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا و الذي جاء في حيثياته :" ...و أن هذه الوضعية غير متنازع فيها من قبل الولاية،كونها هي نفسها لم تبلغ إعذارا كانت قد أصدرته حسب تصريحاتها في 1982/02/24 فإنه و حسب المادة 35 من الصفقة و المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة فإن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال ..."

[222] - المجلة القضائية الجزائرية، قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، المؤرخ في 1989/12/16 ملف رقم 65145 ، قضية ع- ط ضد و-ق، العدد الأول ، سنة 1991، ص 135.

3/ **احترام قواعد المشروعية**:

يكون توقيع المصلحة المتعاقدة للجزاءات على المقاول في شكل قرار إداري قابل للتنفيذ الفوري، إلا أنه لابد أن يستوفي هذا القرار كامل أركانه وشروط صحته المتمثلة في:

- ❖ **ركن السبب** : لابد أن تستند المصلحة المتعاقدة إلى الوقائع القانونية أو المادية التي دفعت بها إلى اتخاذ قرار توقيع الجزاء، المتمثلة في إخلال المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

- ❖ **ركن الشكل و الإجراءات**: لابد أن يحتوي القرار على البيانات اللازمة له و أن تراعى الإجراءات السابقة له، كالإعذار و التسبيب إذا اشترط القانون أو الصفقة ذلك .

- ❖ **ركن المحل** : تلزم المصلحة المتعاقدة بإتباع و احترام بنود العقد أو نصوص القانون و أن أي عقوبة تتعارض مع ذلك تعد باطلة.

- ❖ **ركن الاختصاص**: لابد من احترام شرط الاختصاص في القرار الإداري الخاص بتوقيع الجزاءات، فالجهة التي أبرمت العقد هي من لها الحق في تقرير العقوبات على المقاول المخل بالتزاماته دون غيرها.

وعموما فإن تخلف أحد أركان قرار الجزاء يؤدي حتما إلى عدم مشروعيته، و بالتالي لابد من عرضه على رقابة القاضي الإداري.

4 / **خضوع المصلحة المتعاقدة لرقابة الإدارة** :

هذه الرقابة تمثل ضمانا فعال للمقاول المتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة أو مخالفتها للقانون ضده، فيحق لهذا الأخير اللجوء إلى السلطة الإدارية السلمية من أجل التظلم ضد قرارات الجزاءات التي صدرت ضده[223].

و يستشف ذلك من نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم، التي تمكن المقاول المتعاقد من رفع طعن قبل اللجوء للعدالة أمام اللجنة الوطنية أو القطاعية للصفقات العمومية المختصة.هذه الأخيرة التي تتكون من ممثلين عن كل الوزارات و القطاعات

223 - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 251.

و يرأسها وزير المالية حسب القرار الوزاري رقم 332 المؤرخ في09 /2002/12 المتضمن النظام الداخلي للجنة الوطنية للصفقات. تنظر في الطعون المقدمة من طرف المقاول المتعاقد المتعلق بتوقيع عقوبات و جزاءات ضده من طرف المصلحة المتعاقدة في إطار صفقة عمومية و تفصل فيه في أجل 30 يوم من تاريخ إيداعه و ذلك لهدف البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة الأشغال لإتمام الانجاز في الأجل المحدد له.

و إذا تم الاتفاق على حل للنزاع وديا يقوم مسئول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي أو رئيس البلدية بإصدار مقرر يثبت هذا الاتفاق و يصبح نافذ.

و تجدر الإشارة أن المقاول مخير في اللجوء إلى هذا التظلم من عدمه كونه إجراء اختياري حسب مقتضيات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09[224].

كما يمكن للمقاول اللجوء إلى إجراءات التحكيم المنظمة بموجب المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية خاصة فيما يتعلق بالصفقات العمومية المبرمة مع المؤسسات الأجنبية.

<u>الفرع الثاني</u> : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

تعد الرقابة القضائية على الجزاءات من الضمانات الفعالة الممنوحة للمقاول المتعاقد في مواجهة الإدارة المتعاقدة، إذ يعد الطعن في قرارات الجزاء من النظام العام، لا يمكن للإدارة إدراج أو الاتفاق مع المتعاقد على استبعاد اللجوء إلى القضاء في الصفقة العمومية.

و يختص القضاء الإداري في منازعات العقود الادارية طبقا للمعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية على أن يكون تمثيل المصلحة المتعاقدة من طرف الوالي [225] أو رئيس البلدية أو مدير المؤسسة الوطنية ذات الطابع الإداري. أما المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية الاقتصادية و التجارية فقد اختلف في الجهة التي

---

[224] - د . محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الادارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، سنة 2009،عنابة، ص 248.

[225] - أنظر في هذا الصدد قرار مجلس الدولة الصادر في 2009/06/10 أين قضى بإلغاء القرار المستأنف الصادر بين مؤسسة الاشغال و المديرية العامة للأمن الوطني و فصلا من جديد برفض الدعوى لسوء التوجيه حيث جاء فيه :" أنه في مجال الصفقات العمومية فإن الوالي هو الذي له صفة التقاضي أمام القضاء و هو الذي يمثل الدولة و جميع الوزارات على مستوى الولاية و على هذا الأساس تم إلغاء القرار لسوء التوجيه"

تفصل في منازعات الصفقات المبرمة من طرفها، إلا أن الأستاذ محمد الصغير بعلي يرى أن منازعاتها تخضع للمحاكم العادية استنادا لقرار مجلس الدولة رقم 003889 بتاريخ 2002/11/15[226]. و نتناول هذا الفرع النقاط التالية :

أولا/ **نطاق الرقابة القضائية على قرار الجزاء:**

يمتد نطاق الرقابة القضائية على القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في اتجاه المقاول بمناسبة إخلاله بالتزاماته التعاقدية في الصفقة العمومية إلى زاويتين :

1 – **رقابة المشروعية:** لما كان قرار الجزاء من قبيل القرارات الإدارية التي يمكن فصلها عن العقد، فيصلح أن يكون محلا لدعوى الإلغاء، وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث يتطرق القاضي إلى مراقبة سلامة و صحة أركان قرار الجزاء و ذلك بمراقبة توفر أركانه و مدى شرعيتها.[227]

- عيب السبب: يكون القرار الإداري مشوب بهذا العيب إذا تخلف الوجود المادي أو التكييف القانوني للوقائع، فيتولى القاضي الإداري مثلا رقابة وجود واقعة التأخر في إنجاز الأشغال و إهمال المقاول بالنسبة لقرار فسخ الصفقة العمومية و صحة التكييف القانوني و أسبابه[228].

- عيب الشكل و الإجراءات : يكون القرار الإداري مشوب بهذا العيب عند مخالفة إجراء جوهري منصوص عليه في الصفقة العمومية أو في القانون، كتخلف الإعذار السابق على توقيع الجزاء، أو عدم استشارة الإدارة المتعاقدة لجهة أعلى منها قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها إذا نصت الصفقة العمومية على ذلك.

---

[226] - انظر في هذا الصدد قرار مجلس الدولة رقم 003889 بتاريخ 2002/11/05 بين ز.ش ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق :" أن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع القائم بخصوص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ..".

[227] - د. رشيد خلوفي ، **القضاء الإداري: تنظيم و اختصاص،** ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، طبعة 2002

[228] - أنظر في هذا الصدد حكم مجلس قضاء البليدة الغرفة الإدارية الصادر في 2009/04/20 بين ديوان الترقية و التسيير العقاري و مؤسسة أشغال البناء الذي جاء فيه :" حيث برجوع المجلس إلى مقرر الفسخ ...نجد أنه مؤسس على أسباب مشروعة منها الإهمال في تنفيذ الصفقة بسبب التأخر في الإنجاز حسب المدة المتفق عليها و أن نسبة الإنجاز ضعيفة ....." و أيضا حكم المحكمة الإدارية بالبليدة الصادر في 2010/10/18 بين المؤسسة الوطنية للترقية العقارية و مؤسسة أشغال البناء الذي جاء فيه :" حيث أنه بعد إثبات للمجلس إهمال المدعى عليها للورشة مما أدى إلى التأخر في انجاز المشروع المحدد ب 18 شهر و الذي ترتب عليه فسخ الصفقة، فإن طلب المدعية المتضمن إلزام المدعى عليها بأن توضع لها مبلغ مالي كغرامة تأخيرية مؤسس موضوعا و قانونا و هذا تنفيذا للبند 12/1 من الصفقة و المادة 8 من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل و المتمم بالمرسوم 301/03."

- عيب عدم الاختصاص: يكون القرار الإداري مشوب بهذا العيب إذا كان قرار الجزاء غير مشروع لصدوره من جهة إدارية أو موظف غير مختص أصلا بإصداره[229] أو بصدوره في مواضيع لم يحددها القانون أو العقد[230] مخالفة المدة الزمنية لعضو الإدارة في إصدار قرار الجزاء أو تدخل موظف آخر.[231]

و قد يشوب القرار عيب عدم الاختصاص الجسيم إذا تدخلت الإدارة مثلا في اختصاص القضاء أو المشرع كأن تصدر المصلحة المتعاقدة عقوبات جزائية على المقاول المتعاقد معها.

مع الإشارة أن قواعد الاختصاص تعتبر من النظام العام، حيث لا يمكن للإدارة التنازل عنها أو الاتفاق على مخالفتها.

- عيب مخالفة القانون: يكون القرار الإداري مشوب بهذا العيب في حالة عدم وجود الفعل أو الخطأ الذي تثيره لتبرير تطبيق جزائها، أو أن الفعل المثار من قبلها لا يقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، أو عدم احترام قرار الجزاء للقواعد العامة أو تدرجها كلجوء الإدارة إلى قرار فرض الغرامة دون احترام حجية الشيء المقضي به.

- عيب انحراف السلطة : يكون القرار الإداري مشوب بهذا العيب إذا كان مصدر القرار يهدف من ورائه إلى تحقيق أغراض خارج عن المصلحة العامة لتحقيق أغراض شخصية مثلا أو سياسية.

2- **رقابة الملاءمة** : حيث يراقب القاضي في هذه الحالة مدى ملاءمة تصرفات الإدارة مع الوقائع المعروضة، فيحدد إن كان المقاول المتعاقد قد أخل فعلا بالتزاماته أو لا و يبحث في تناسب الجزاء الموقع من طرف الإدارة مع الخطأ المنسوب للمقاول[232]. و يمكن للقاضي في

[229] - و يعرف هذا العيب بعيب عدم الاختصاص الشخصي لتعلقه بشخص مصدر القرار

[230] - و يعرف هذا العيب بعيب عدم الاختصاص الموضوعي لتعلقه بموضوع القرار الصادر.

[231] - و يعرف هذا العيب بعيب عدم الاختصاص المكاني و يتعلق بالحيز الجغرافي عند إصدار القرار.

[232] - أنظر في هذا الصدد حكم مجلس قضاء البليدة الغرفة الإدارية الصادر في 2010/02/01 بين مكتب الدراسات و الوكالة الوطنية لتحسن و تطوير السكن الذي جاء فيه :" حيث أن المدعي لجأ إلى مكتب تقني لانجاز خبرة حول الأرضية و توصل إلى أن هذه الأخيرة هشة و بها مياه كثيرة فضلا عن أن طبيعتها ليست صالحة للبناء. و عليه قبل الفصل في الموضوع يتعين اللجوء إلى خبرة قضائية لمعاينة الأماكن محل النزاع و التحقق من الأسباب التي حالت دون انجاز المشروع موضوع الصفقة العمومية رقم 51 المتمثلة في العوائق التي منعت تحقيق ذلك و من المسئول عن ذلك ..."

هذه الحالة اللجوء على الاستشارة التقنية أو الخبرة الفنية لتعلق موضوع الصفقات العمومية بأشغال البناء.

فبالنسبة لغرامة التأخير، يتولى القاضي الإداري رقابة التناسب بين جسامة إجراء فرض الغرامة ونوع التأخير ومقداره، فيتحقق من التناسب بين مقدار غرامة التأخير ومدة التأخير في تنفيذ الصفقة العمومية[233].

و وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يستطيع القاضي إبطال الجزاء الذي وقعته الإدارة بل تنحصر سلطته في مراعاة الصالح الفردي في تقرير التعويض للمتعاقد المتضرر إن كان لذلك محل.

ثانيا / **<u>سلطات القاضي الإداري في مواجهة الجزاء غير المشروع</u>**

يميز مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال بين سلطة القاضي إزاء الجزاءات غير المشروعة من جزاء إلى آخر حسب نوع الجزاءات سواء كانت مالية أو فاسخة.

1- سلطات القاضي الإداري بالنسبة للجزاءات المالية:

يمكن أن يحكم القاضي بالإعفاء من الجزاءات المالية إذا تبين له أنها وقعت على المقاول خطأ و له أن يخفضها عندما تكون مبالغ فيها، و قد يكتشف القاضي بأنه لا داعي لها و بذلك يمكنه أن يحكم بإلزام المصلحة المتعاقدة بإعادة أو رد ما تحصلت عليه من مبالغ مالية من المقاول و من أمثلتها غرامة التأخير.

2- سلطات القاضي بالنسبة للجزاءات الضاغطة أو الفاسخة:

أكد القضاء الفرنسي أن سلطات قاضي العقد في حالة اكتشافه لتعسف الإدارة، تنحصر في إلزام المصلحة المتعاقدة بتعويض المقاول المتعاقد لما أصابه من ضرر جراء فسخ الصفقة العمومية معه و ذلك طبقا لحكم مجلس الدولة الفرنسي[234] الصادر في1905/05/20. إلا أنه تراجع عن هذا الاتجاه و توسع في سلطاته بقبول طلبات أخرى تتمثل في إلغاء الجزاءات الإدارية غير

[233] - أنظر في هذا الصدد حكم مجلس قضاء البليدة الغرفة الإدارية الصادر في 2009/04/20 بين ديوان الترقية و التسيير العقاري و مؤسسة أشغال البناء الذي جاء فيه :".حيث أنه بناء على ما تقدم فإن طلب المدعي بدفعه له غرامة التأخير في إطار انجاز باقي الأشغال مؤسس قانونا ....لكن حيث أن مسألة تحديد المبلغ ... هي مسألة فنية و تقنية ترجع لأهل الفن مما يتعين على المجلس تعيين خبير..."

[234] - قضية Compagnie Générale des Eaux و الذي بين أنه في حالة عقد الأشغال العامة العادي من المسموح به أن رب العمل له الحق في فسخ العقد طبقا للمادة 1794 من القانون المدني الفرنسي أي تعويض المقاول جملة عما أصابه من خسارة و ما فاته من كسب وينتج عن ذلك أن القاضي لا يملك إلغاء قرار الفسخ الذي تتخذه الإدارة.

المشروعة و اعتبرها قرارات منفصلة عن الصفقة. و عليه قرر إمكانية الطعن أمام قاضي العقد في مدى مشروعيتها. و ذلك من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1996/07/10 في قضية كايزال. أين اعترف القاضي بإمكانية رفع دعوى تجاوز السلطة ضد المقتضيات التنظيمية الموجودة بالعقد[235].

و هذا الاتجاه أخذ به كذلك المجلس الأعلى الغرفة الإدارية بالجزائر في حكمه المؤرخ في 08 مارس 1980 قضية الشركة الوطنية سامباك ضد الديوان الوطني للحبوب(O.A.I.C)[236]. كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إمكانية الطعن أمام قاضي العقد، على مشروعية فسخ العلاقة التعاقدية التي تربط الإدارة بالملتزم و هو ما اتضح من خلال حكم له بتاريخ : 1976/11/26 . " فإن الأمر يختلف إذا تعلق بعقود طويلة الأمد.يهدف لتحقيق أعمال تتطلب استثمارات مهمة. ومتى كان ذلك فإن الشركة الملزمة تكون على حق في أن تدعي أن حكم المحكمة الإدارية المطعون فيه قد أخطأ عندما رفض طلباتها التي تهدف من جهة قرار وضع المرفق تحت الحراسة. و من جهة أخرى إلغاء القرار الذي قضى بإسقاط الالتزام." [237]

[235] ـ لحسين الشيخ اث ملويا. دروس في المنازعات الإدارية ووسائل المشروعية ، دار هرم ، الطبعة الأولى 2006.ص47.

[236] - Mahiou Ahmed, 1981. L'arrêt O.A.I.C. *Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques*, n° 2, pp. 134 et suivantes .

[237] ـ أنظر في هذا الصدد حكم مجلس قضاء البليدة الغرفة الإدارية الصادر في 2011/01/17 بين ديوان الترقية و التسيير العقاري و شركة أشغال البناء الذي جاء فيه :" حيث أن الفسخ جاء بعد إثبات عدم احترام المدعية لالتزاماتها التعاقدية و هو إهمالها للورشة و عدم إتمام الأشغال و تسليمها لصاحب المشروع في الأجل المتفق عليه المحدد في الصفقة العمومية . حيث أنه بناءا على ما تقدم فان فسخ الصفقة و التعويض جاء وفقا لأحكام الصفقة و المادة 99 من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل و المتمم. حيث أن هذه الإجراءات وردت في مؤشرات قرار الفسخ الذي على أساسه تم تعويض المدعي و بالتالي فإن التعويض جاء بناء على معطيات قانونية و موضوعية ..."

الخاتمة

من دراسة موضوع التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، تبين لنا أنها متفرعة بين مواضيع القانون الخاص و القانون العام، كما أن مصدرها يتمثل في سندين مهمين نص عليهما المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية و هما سند الصفقة باعتبارها عقد من عقود القانون الإداري و كذا دفاتر الشروط بأنواعها باعتبارها الوثائق المكملة للصفقة العمومية، إلا أنه و كما تبين لنا قد يطرأ على الصفقة العمومية أثناء عملية تنفيذها بعض الظروف الغير متوقعة و التي تعرضنا إلى مختلف نظريتها المتعلقة بتعديل الالتزامات الواقعة على المقاول المتعاقد و الواجب إفراغها في شكل رسمي يتمثل في ملحق الصفقة العمومية .

كما عرضنا مضمون التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة باشغال البناء، فالمقاول يلتزم بتطبيق القوانين الخاصة التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بعملية البناء و يكلف بإنجاز الأشغال موضوع الصفقة العمومية بأنواعها و ذلك بصفة شخصية و خلال الآجال المحددة في الصفقة.

و لقد اتضح لنا من خلال هذا البحث أيضا أهمية السلطات التي تتمتع بها الإدارة لضمان انجاز المقاول لالتزاماته التعاقدية و من بينها سلطة الرقابة و توقيع الجزاء، وبينا الأساس القانوني لهذه السلطات المتمثل في تقديم المصلحة العامة و مصلحة المرفق العام على المصلحة الخاصة، مع ضرورة توافر الضوابط التي من شأنها ضمان حسن ممارسة الإدارة لسلطاتها وحفظ حقوق المقاول، بمعنى تحقيق التوازن بين مصلحة الإدارة و مصلحة المقاولين و توفير الضمانات القانونية و وضع معايير محددة في القوانين لتحديد مدى جسامة الخطأ الذي يعطي للإدارة الحق في فسخ الصفقة العمومية المتعلقة بأشغال البناء بخطأ من المقاول.

و قد تبين لنا أن موضوع التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، يعتبر من بين أهم مواضيع الساعة نظرا لتزايد عدد مقاولات البناء في بلادنا بشكل ملحوظ نتيجة المساعدات و الإعانات المقدمة من طرف الدولة لإنشاء المؤسسات المصغرة، حيث أنه سجل

في سنة 2012 فقط انشاء 27173 شركة متخصصة في مجال البناء و الري و الصناعة[238]، لذلك فإن موضوع هذه الدراسة يعتبر دليل مهم للاستعمال المهني، خاصة و أن أغلب المقاولين لم يتلقوا تكوين متخصص في هذا المجال. مما يجعلهم يجهلون مجموع الالتزامات الملقاة على عاتقهم عند إبرام صفقة عمومية التي يكونون طرف فيها و يؤدي بهم بالنتيجة إلى تحمل عواقب وخيمة غير متوقعة.

كما أنه من جهة أخرى فإن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر يعرف تطورا متسارعا نظرا للتعديلات الكثيرة التي مسته، ففي خلال مدة 3 سنوات فقط عرف المرسوم الرئاسي الجديد أكثر من 3 تعديلات. الشيء الذي جعل معظم الباحثين في مجال الصفقات العمومية يتخوفون من الخوض في دراسات بشأنه. فرغم إلغاء المرسوم الرئاسي رقم 02/ 250 منذ سنة 2010 و تعويضه بتنظيم جديد، لم نجد أي كتاب قانوني متخصص يعني بدراسة هذا الموضوع باستثناء بعض المداخلات و المقالات المختلفة التي لا تمس صلب موضوع الدراسة.

إلا أنه تجدر الاشارة أن هذا التعديل و حتى إذا كان لابد منه، فإنه لم يترك الوقت الكافي للتنظيم في أن يكشف سلبياته من إيجابياته، فممارسي القانون من مسئولي المصالح الإدارية أو حتى القضاة المطبقين للتنظيم في المناعات المطروحة عليهم يجدون أنفسهم و قبل أن يكملوا تحليل مقتضيات المرسوم المنظم للصفقات العمومية، أمام تعديل جديد للدراسة و التحليل مما يمس من مبدأ أمن القاعدة القانونية التي تنشأ مراكز قانونية [239].

وبعد أن انتهينا من بحثنا هذا توصلنا لعدة استنتاجات ومقترحات .

أولاً : <u>الاستنتاجات</u>

1. أنه و لضمان حماية الأموال العمومية فان الصفقات العمومية جاء تأطيرها بموجب قوانين و مراسيم رئاسية خاصة عكس باقي العقود الإدارية التي تستند في الغالب إلى العرف الإداري أو الرجوع إلى المبادئ الخاصة المحددة في القانون المدني .

---

[238] - إحصائيات مقدمة من طرف المركز الجزائري للسجل التجاري.

[239] Bencheneb Ali, 1989. Les infractions relatives aux marchés et contrats des organismes d'Etat Algériens. *Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques*, n° 04, p. 795.

2. أن الإدارة في مواجهة المتعاقد معها لا تكون مجرد طرف وإنما تمثل مصالح الجمهور (المصلحة العامة)، لذلك تعد التزامات المتعاقد مع الإدارة أكثر صرامة منها في عقود القانون الخاص، ومن هنا كان تمييز الإدارة في مجال العقود الإدارية بنظام خاص لجزاءاتها، يعطيها الوسائل الفعالة التي تضمن بها تنفيذ العقد إذا عجز المتعاقد عن ذلك رغماً عنه .

3. أن التزامات المقاول في الصفقات العمومية أكبر مما قد يحدد في سند الصفقة العمومية، لكون أنه و نظرا لتعلق موضوع الصفقة بالأموال العمومية فإنه حتى إذا أغفل ذكر بعض الالتزامات فهي ناشئة تلقائيا بحكم القانون.

4. أنه و في محاولة الجزائر للانضمام لمنظمة التجارة العالمية، عرف تنظيم الصفقات العمومية تطورا سريعا على غرار تطوره في باقي دول العالم كفرنسا و الاتحاد الأوروبي يمس خاصة فتح مجال التعاقد للمؤسسات الأجنبية مع حماية و ضمان المنافسة الوطنية من خلال إلزام المؤسسات الأجنبية بالتعاقد مع مؤسسات وطنية في حدود نسبة 51% - 49% .

5. أن الإدارة تمارس سلطة الإشراف و الرقابة على المقاول المتعاقد معها تفريعا عن سلطتها العامة في حفظ النظام العام و الضبط الإداري، و تستعين الإدارة في عملها بهيئات و أشخاص معينين نظرا لتعلق موضوع الصفقة العمومية بأشغال البناء الذي يطغى عليها الطابع التقني.

6. أن الجزاءات الإدارية غدت طريقاً مألوفاً لتنفيذ القانون، وأصبحت ظاهرة فرضتها متطلبات التوازن في الحياة اليومية، وأن عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري، يعتبر أمراً ملماً به ، إذ تكمن الحكمة من تخويل الإدارة توقيع جزاءات ضد المتعاقد هو إجباره على التنفيذ لضمان سير المرفق العام بانتظام و اطراد.

7. للإدارة الحق في التنازل عن سلطتها في توقيع الجزاء باللجوء إلى القضاء وهو حق مقرر تلجأ إليه الإدارة حتى تتجنب تقرر مسؤوليتها إلا فيما يخص الجزاءات السريعة والضاغطة ووضع المرفق تحت الحراسة.

8. أن قاعدة الإعذار ليست مطلقة إذ يمكن الإتفاق على الإعفاء منها لأنها ليست من النظام العام فضلاً عن أنه لا يوجد شكل محدد لصيغة الأعذار.

ثانياً : المقترحات :

1. بدلا من التعديل المتكرر لتنظيم الصفقات العمومية، كان لابد من تعديل دفتر الشروط الادارية العامة لسنة 1964 الذي رغم أنه يعتبر وثيقة مهمة في تعداد الالتزامات الواقعة على عاتق المتعاقد مع الإدارة في إطار صفقات الأشغال، إلا أنه يظهر بأن الدهر قد تجاوزه نظرا لاحتوائه على مصطلحات و عبارات و جهات إدارية لم تعد مستخدمة في وقتنا الحالي .

2. ضرورة تعداد التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء و العقوبات التي قد تنجم جراء الإخلال بها سواء كانت مدنية أو جزائية في قانون واحد خاص، بدلا من تركها متفرعة في قوانين متفرقة يصعب جمعها .

3. يجب أن توقع الجزاءات على المقاول المخل بالتزاماته بمجرد اكتشاف إخلاله عند ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة، و أن لا تترك الجزاءات تتراكم على المقاول لدرجة قد ترهقه عند تنفيذها، بل يجب أن توقع بصفة متدرجة تبدأ بالأخف وتنتهي بالأقسى. و من جهة أخرى يجب على الإدارة التغاضي عن الأخطاء البسيطة القليلة الأهمية التي تقع من قبل المتعاقد معها خاصة بعد تصحيح أخطائه فيها .

4. أن يفتح المجال للتسوية الودية للنزاعات التي قد تنشأ بين المتعاقد و الإدارة من أجل تجنب اللجوء إلى القضاء الذي غالبا ما تطول إجراءاته، و ذلك من خلال البحث الجدي على طرق حل النزاعات و اللجوء إلى أهل الخبرة من أجل الاستشارة.

الملحق رقم 01:

نموذج صفقة عمومية

متعلقة بالأشغال

الملحق رقم 02 :

نموذج الأمر المصلحي

الملحق رقم 03 :

نموذج محضر التسليم

المؤقت و التسليم

النهائي

الملحق رقم 04 :

نموذج مقرر فسخ

قائمة المراجع :

المراجع باللغة العربية :

النصوص القانونية:

أ- النصوص التشريعية:

- أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 جوان سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج رعدد 52، مؤرخ في 27 جون 1967م

- قانون رقم 04- 05مؤرخ في 14 غشت 2004، يعدل ويتمم القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير ، ج ر عدد 51، مؤرخ في 15 غشت 2004م.

- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

ب- المراسيم الرئاسية:

- مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 أكتوبر 2008 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 62، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008م.

-مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتظمن تنظيم الصفقات العمومية، ج رعدد 58، المؤرخة في 7 أكتوبر 2010م.

-مرسوم رئاسي رقم 11-98 مؤرخ في أول مارس 2011، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 14 المؤرخة في 06 مارس 2011م.

- مرسوم رئاسي رقم 11-222 مؤرخ في 16 يونيو 2011، يعدل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 17 أكتوبر 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر رقم 34 المؤرخة في 19 جوان 2011م.

- مرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 18 يناير 2012، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 04 المؤرخة في 26 جانفي 2012م.

- مرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 07 يناير 2013، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 02 المؤرخة في 13 يناير 2012م.

ج- القرارات:

1- قرار مؤرخ في 16 رجب 1374 الموافق 1964/11/21 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، ج ر الصادرة في 1964/01/19 السنة الثانية العدد 2

2- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 1988/05/15 يتعلق بكيفيات ممارسة و تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذالك، ج ر عدد 43، مؤرخة في 1988./11/26

3- قرار مؤرخ في 1992/05/05 يتعلق بالأشخاص المؤهلين لإعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء، ج ر عدد59، مؤرخة في 1992/08/02.

4- قرار يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره. ج ر عدد 24 المؤرخة في 20 أفريل .2011

5 - القرار المؤرخ في 2011/03/28 الذي يحدد كيفيات الإقصاء من الصفقات العمومية.

<u>الكتب القانونية :</u>

1. د. سليمان الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)** ط 3، دار الفكر العربي، مصر، 1975.

2. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **العقود الواردة على العمل** المجلد الأول 7 ، منشورات الحلبي الحقوقية طبعة جديدة 2009

3. د. حمدي ياسين عكاشة، **العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ و الأسس العامة)** ، منشأ المعارف، مصر 1998.

4. د. محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)**، دار الجامعة الجديدة للنشر.

5. د. أنس قاسم ، **النظرية العامة لأملاك الإدارة و الأشغال العمومية** ، ديوان المطبوعات الجامعية 1983.

6. د. عمار عوابدي، **القانون الإداري، الجزء الثاني : النشاط الإداري** طبعة 2002 ديوان المطبوعات الجامعية

7. د. رياض عيسى ، **مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة** ، الطبعة الأولى ، مطبعة العربي الحديثة ، بغداد ، 1976 .

8. د. رياض عيسى ، **نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1985.

9. د. عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر دراسة تشريعية و قضائية و فقهية** جسور للنشر الطبعة الثانية 2009 .

10. د. محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية**، دار العلوم للنشر و التوزيع سنة 2005 .

11. د. ناصر لباد، **القانون الإداري، الجزء الثاني : النشاط الإداري**، لباد للنشر ، 2004.

12. أ. مصطفى شريف، **العقد الإداري** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون 2003.

13. د. عبد الرزاق حسين ياسين، **المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء**، دار الفكر العربي – الطبعة الأولى لسنة 1987

14. د. عبد المجيد فياض ، **نظرية الجزاءات في العقد الإداري** ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1957.

15. د. محمود عبد المجيد المغربي، **المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و أثارها القانونية – دراسة مقارنة في النظرية و التطبيق**- المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان الطبعة الأولى 1998 .

16. د.حسان عبد السميع هاشم ، **الجزاءات المالية في العقود الإدارية** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002.

17. د.عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن،** المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر،1986.

18. أ. بوعمران عادل، **النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية،** دراسة تشريعية- فقهية و قضائية، دار الهدى ، الجزائر 2010.

19. د. محمد سعيد حسين أمين، **مبادئ القانون الاداري : دراسة في أسس التنظيم الاداري- أساليب العمل الإداري**- دار الثقافة الجامعية، مصر، 1997.

20. نعيم مغبغب، **عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة،** دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثالثة ، دون دار نشر،2001

21. د . محمد الصغير بعلي، **الوسيط في المنازعات الإدارية،** دار العلوم للنشر و التوزيع، سنة 2009،عنابة.

22. لحسين الشيخ اث ملويا. **دروس في المنازعات الإدارية ووسائل المشروعية** ، دار هرم ، الطبعة الأولى 2006.

23. د. رشيد خلوفي ، **قانون المسؤولية الإدارية** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، طبعة 2001.

24. د. رشيد خلوفي ، **القضاء الإداري: تنظيم و اختصاص،** ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، طبعة 2002.

25. د. عصام احمد البهجي، **عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة،** دار الجامعة الجديدة 2008

<u>المذكرات الجامعية :</u>

أولا / أطروحات الدكتوراه **:**

1. محمد سعيد حسين أمين، **الأسس العامة للالتزامات و حقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري(دراسة مقارنة)** أطروحة دكتوراه في القانون الإداري، جامعة عين الشمس، مصر.بدون ذكر السنة.

2. د. هارون عبد العزيز الجمل، **الجزاءات في عقود الأشغال العامة،** أطروحة دكتوراه في القانون الإداري، مجموعة رسائل الدكتوراه، مكتبة كلية الحقوق بن عكنون، بدون ذكر السنة.
3. د. سعيد عبد الرزاق باخبيرة، **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري** (دراسة مقارنة) أطروحة شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون 2008.
4. د. أحمد عثمان عياد، **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية،** مجموعة رسائل الدكتوراه، مكتبة علية الحقوق بن عكنون، دون تحديد السنة.

ثانيا/ رسائل الماجستير :

1/ بحري إسماعيل، **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر،** مذكرة شهادة ماجستير ، الدولة و المؤسسات، جامعة يوسف بن خدة- 2008-.2009

2/ رحال عبد القادر، **سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعامل معه في القانون الجزائري،** (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 1990

3/ مسعودة مروش، **عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري،** رسالة ماجستير في العقود و المؤسسات، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2003

4/ حماني ساجي، **الرقابة التقنية في البناء،** مذكرة شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2008

5/ لوز رياض، **دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية** ، مذكرة شهادة الماجستير، كلية الحقوق لبن عكنون، 2007

6/ أحمد خديجة، **نطاق المسؤولية العشرية دراسة مقارنة،**مذكرة شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 5 نوفمبر 2006

7/ قريشي أنيسة سعاد، **النظام القانوني لعقد الأشغال العامة،** بحث شهادة الماجستير في القانون، فرع المؤسسات، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001- 2002

8/ محمود خليل خضير ، **الغرامات التأخيريه في العقود الإدارية** ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1991

9/ بشيرة بجاوي، **الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بودواو، جامعة بومرداس، تاريخ المناقشة 7 جوان 2012 .

المقالات القانونية :

أ/ المجلات القانونية :

1) أ/ ابراهيم يوسف ، **المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و المقاول** – المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية –الجزء 33 .العدد 3 لسنة – 1995

2) أ. هولو بوظو، **مسؤولية المقاول** ، مجلة الرائد العربي، عدد 13 السنة الرابعة 1986 دمشق

3) د.محمد علي الطائي ، **طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري** ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد2001 ، 1984 ،

4) محسن الجواد حسين، **"بين سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد".** مجلة مجلس الدولة، السنة04، القاهرة ، يناير 1953

5) محمود النفوري، **التزامات مقاول البناء و مسؤوليته عن تصدع البناء** ، مجلة المحامون العدد الرابع، الهامس و السادس 1992، سوريا

6) د. رياض عيسى، **أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة**، مجلة الحقوق، حامعة الكويت، السنة الحادية عشر، العدد الرابع 1987

7) عايدة مصطفاوي، **الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن**، مجلة دفاتير السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، عدد 6، جانفي 2012

8) الأستاذ يوسف المهيملي، **سلطة الإدارة في أن تفرض من جانب واحد تعديلات على شروط العقود الإدارية**، مجلة قضايا الحكومة ، السنة الأولى، العدد الرابع، 1957.

9) كتو محمد الشريف، **حماية المنافسة في الصفقات العمومية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، عدد 2، 2010 ص 73.

ب/ المداخلات و المحاضرات :

10) أ/ فريد خلاطو، **الصفقات العمومية**، ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية، 9 و01/10/ 2008 ، مخبر المغرب الكبير الاقتصاد والمجتمع، جامعة منتوري قسنطينة

11) د. صبحي أعراب، **مسؤولية المتدخلين في عمليات البناء**، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير الفرع العقاري، مقياس المتدخلين في البناء سنة 2009-2010.

12) د. محمد حاتم البيات، **الإطار العام لمسؤولية المهندس المعماري والمقاول في القانون المدني**، دراسة مقارنة في الضمان العشري، بحث للمشاركة بأعمال مؤتمر عن المسؤولية المهنية – كلية القانون –جامعة اليرموك 14 نيسان 2010

المراجع باللغة الفرنسية

Les Livres :

1)Delaubadere André, Vénézia Jean-Claude, Gaudemet Yves, 1995. *Traité de droit administratif, tome 2, 10ème Edition*. Paris, L.G. D. J.

2)Delaubadere André, Vénézia Jean-Claude, Gaudemet Yves, 1999. *Traité de droit administratif, tome 1, 16ème Edition*. Paris, L.G. D. J

3) Richer Laurent. Droit des contrats administratifs. Paris, LGDJ (5ème édition).

4)C. Lajoye, 2007. *Droit des marchés publics*. Alger, BERTI édition

<u>Les Thèses</u> :

5)Bennadji Cherif. *L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie*. Thèse de doctorat d'Etat en droit, Université d'Alger, 1991

6)Kobtan Mohamed. *Le régime juridique des contrats du secteur public*. Thèse de doctorat d'Etat en droit. Université d'Alger, 1984

<u>Les Articles</u> :

7)Mahiou Ahmed, 1981. L'arrêt O.A.I.C. *Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques*, n° 2

8)Dr Ali Bencheneb, Décembre 1989. *« Les infractions relatives aux marches et contrat des organismes d'état Algériens »*. Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n°4, p. 783.

9) Maitre Ameur Yahia Mouloud, 2002. « Réglementation des marchés publics ». *Mutation* (publication de la CACI), n° 42.

10) Moffett Sebastien, novembre 2008. *Profil du secteur des travaux publics en Algérie*. Montreal, The Canadian Trade Commissioner Service.

الفهـــرس